المغني

لابن قدامة

تأليف

أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المولود ٥٤١ هـ - ١١٤٦ م
المتوفى ٦٢٠ هـ - ١٢٢٣ م

على مختصر

أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي
المتوفى ٣٣٤ هـ

مع تحقيق فضيلة الدكتور

طه محمد الزيني
الأستاذ بالأزهر

الجزء الرابع

الناشر
مكتبة القاهرة
لصاحبها : علي يوسف سليمان
٦ شارع الصنادقية ، ميدان الأزهر بمصر
صندوق البريد ٩٤٦ مصر

١٣٨٩ — ١٩٦٩

مطابع سجل العرب

باب الربا والصرف

الربا في اللغة : هو الزيادة . قال الله تعالى (٢٢ : ٥ فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ) وقال (١٦ : ٩٢ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَى مِنْ أُمَّةٍ) أي أكثر عدداً ، يقال : أربى فلانٌ على فلانٍ إذا زاد عليه .

وهو في الشرع الزيادة في أشياء مخصوصة . وهو محرّم بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٢ : ٢٧٥ وَحَرَّمَ الرِّبَا) وما بعدها من الآيات .

وأما السنّة : فرُوي عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ . قيل يارسول الله ما هي ؟ قال الشِّركُ بالله ، والسِّحْرُ ، وقتلُ النفسِ التي حرّم اللهُ إلاّ بالحق ، وأكلُ الرِّبا ، وأكلُ مَالِ اليَتِيمِ ، وَالتَّوَلِّي يَوْمَ الزَّحْفِ ، وقَذْفُ المُحْصَنَاتِ الغَافِلاَتِ » ورُوي عن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ لَعَنَ آكِلَ الرِّبَا وَمُوكِلَهُ وشَاهِدَيْهِ وَكَاتِبَهُ » متفق عليهما ، في أخبار سوى هذين كثيرة . وأجمعت الأمّة على أن الرّبا محرّم .

٢٧٩٤ (فصل) والرّبا على ضَرْبَيْن : ربا الفضل ، وربا النَّسِيئة وأجمع أهل العلم على تحريمهما . وقد كان في ربا الفضل اختلافٌ بين الصحابة فحُكي عن ابن عبّاس ، وأسامةَ بن زيد ، وزيد بن أرقَم ، وابن الزُّبير أنّهم قالوا « إنّما الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ . لقوله عليه السلام : لاَرِبَا إلاَّ فِي النَّسِيئَةِ » رواه البخاريّ . والمشهور من ذلك قول ابن عباس . ثم إنه رجع إلى قول الجماعة . روَى ذلك الأثرم بإسناده وقاله الترمذّي ، وابن المنذر ، وغيرُهم . وقال سعيدٌ بإسناده عن أبي صالح ، قال « صَحِبْتُ ابْنَ عَبَّاسٍ حَتَّى مَاتَ . فَوَ اللهِ مَارَجَع عَن الصَّرْفِ » وعن سعيد بن جُبَيْر قال « سَأَلْتُ ابنَ عبّاس قبل موته بعشرينَ لَيلَةً عن الصرف؟ فَلَمْ يَرَ بِهِ بأساً . وَكَانَ يَأْمُرُ بِهِ » والصحيح قولُ الجمهور . لحديث أبي سعيد الخُدريّ أنّ رَسُولَ الله صلّى الله عليه وسلّم قال « لاَ تَبِيعُوا الذَّهَبَ بالذَّهَبِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، وَلَا تُشْفُو[1] بَعْضَهَا عَلَى بَعض ، وَلَا تَبِيعُوا الوَرِق[2] بالوَرِق إلاّ مِثْلاً بِمِثْل ، وَلَا تُشْفُوا بَعْضَها عَلَى بَعْض ، وَلَا تَبِيعُوا غَائِباً بِنَاجِز»

---

(١) تشفوا : بضم التاء ماضيه أشفى ، ومعناه أشرف وارتفع ، والمراد لاترتفعوا بعضها على بعض ، أي لاتجعلوا بعضها مشرفا ومرتفعاً على بعض أي زائدا عليه .

(٢) الورق : بفتح الواو مع فتح الراء وكسرها الدراهم المضروبة ، وهي من الفضة ، وكسر الراء أشهر من فتحها

وروى أبو سعيد أيضاً قال « جاء بِلاَلٌ إلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم بِتَمْرٍ بَرْنِيٍّ[1] فقال له النبيُّ صلى الله عليه وسلم : مِنْ أَيْنَ هَذَا يَا بلالُ ؟ قال : كَانَ عِنْدَنا تَمْرٌ رَدِيٌّ فَبِعْتُ صَاعَيْنِ بِصَاعٍ لِيَطْعَمَ النبيُّ صلّى الله عليه وسلّم ، فقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم أَوْهُ[2] ، عَيْنُ الرِّبا ، عَيْنُ الرِّبَا . لاَ تَفْعَلْ ، وَلَكِنْ إنْ أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ فَبِعِ التَّمْرَ بِبَيْعٍ آخَرَ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِهِ » متفق عليهما ، قال الترمذيّ : على حديث أبي سعيد العملُ عند أهل العلم ، من أصحاب النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وغيرهم ، وقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « لاَ رِبا إلاّ فى النَّسِيئَةِ » محمول على الجنسين .

٢٧٩٥ « مسألة » قال أبو القاسم رحمة الله ﴿ وكلّ ما كيل ، أو وزن من سائر الأشياء ، فلايجوز التفاضلُ فيه ، إذا كان جنساً واحداً ﴾

قوله « من سائر الأشياء » يعني من جميعها . وَضَع سَائر موضعَ جميع تجوُّزاً . وموضوعُها الأصليّ لباقي الشيء ، وقد رُوي عن النبيّ صلى الله عليه وسلم في الرِّبا أحاديثُ كثيرة . ومن أتمّها ماروَى عُبادَةُ بْن الصامت ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال «الذهبُ بالذَّهَبِ مِثلاً بمِثْلٍ ، وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، وَالتَّمْرُ بالتَّمر مِثْلاً بِمثل ، والبُرُّ بالبُر مِثْلاً بِمِثلٍ ،وَالمِلْح بِالمِلحِ مِثْلا بِمثلٍ ، وَالشَّعِيرِ بالشعير مِثْلاً بمثل ، فَمَنْ زَادَ أوْ ازْدَادَ فَقَدْ أَرْبَى ، بِيعُوا الذَّهَبَ بِالفِضَّةِ كَيفَ شِئْتُمْ يداً بِيَدٍ ، وَبِيعُوا البُرَّ بالتَّمر كَيفَ شِئْتُمْ يَداً بِيدٍ ، وَبِيعُوا الشَّعِيرَ بالتَّمْر كَيفَ شِئْتُم يداً بِيَدٍ » رواه مسلم ، فهذه الأعيانُ المنصوص عليها يثبُتُ الربا فيها بالنصّ والإجماع .

واختلف أهل العلم فيما سواها ، فحُكي عن طاوس ، وقتادة : أنهما قَصَرا الربا عليها . وقالا : لا يَجرى في غيرها . وبه قال داود ، ونفاةُ القياس . وقالوا : ماعداها على أصل الإباحة . لقول الله تعالى (٢ : ٢٧٥ وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ) واتفق القائلون بالقياس على أنّ ثُبوت الربا فيها بعِلّةٍ ، وأنه يثبُت في كلّ ماوُجدت فيه علّتها ، لأن القياس دليل شرعيّ . فيجب استخراج علّة هذا الحكم ، وإثباتُه في كلّ موضع وُجدت علّته فيه ، وقول الله تعالى (٢ : ٢٧٥ وَحَرَّمَ الرِّبَا) يقتضى تحريمَ كُلِّ زِيادَةٍ ، إذ الرِّبا في اللغة الزيادة ، إلاّ ما أجمعنا على تخصيصه ، وهذا يُعارض ما ذكروه .

ثم اتفق أهل العلم على أنّ رِبَا الفضل لايَجرى إلاّ في الجنس الواحد ، إلا سعيدَ بن جبير . فإنه قال : كلّ شيئين يتقَارَبُ الانتفاع بهما لايجوز بيعُ أحدهما بالآخرِ متفاضِلاً ، كالحِنطةِ بالشعير ، والتمر بالزبيب ،

---

(١) البرنى : نوع جيد من التمر معروف عند العرب ، ولفظ برنى أعجمي معرب ، وأصله في الأعجمية (برنيك) بفتح الياء وكسر الراء والنون ، ومعناه الحمل الجيد

(٢) أوه : بفتح الهمزة وسكون الواو وضم الهاء وفتحهاوكسرها : كلمة تقال عند التألم .وفيها لغات أخرى .

والذرة بالدُّخْنِ . لأنهما يتقارب نفعُهما ، فجريا مجرى نوعَىْ جنس واحد . وهذا يُخالف قول النبيِّ صلى الله عليه وسلم « بِيعُوا الذَّهَبَ بِالفِضَّةِ كَيفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ ، وبِيعُوا البُرَّ بالتمرِ كَيْفَ شِئْتُمْ » فلا يُعوَّل عليه . ثم يَبْطُلُ بالذهب بالفضة . فإنه يجوز التفاضل فيهما مع تقاربهما .

واتفق المعلِّلون على أنَّ علَّة الذهب والفِضة واحدةٌ وعلَّةَ الأعيان الأربعة واحدة ، ثم اختلفوا فى عِلّة كلِّ واحد منهما . فرُوِى عن أحمد فى ذلك ثلاثُ رواياتٍ . أشهرهُنّ : أن عِلة الربا فى الذهب والفِضّة كونُه موزونَ جِنْسٍ ، وعلة الأعيان الأربعة مَكيلُ جنس . نقلها عن أحمد الجماعة . وذكرها الخِرَقىّ ، وابن أبى موسى ، وأكثر الأصحاب . وهو قول النخَعِىّ ، والزهرىّ ، والثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . فعلى هذه الرواية يجرى الرِّبا فى كلِّ مَكيل ، أو مَوْزُن بجنسه ، مطعوماً كان أو غير مطعوم ، كالحبوب ، والأُشْنانِ ، والنُّورَةِ ، والقُطْنِ ، والصُّوف ، والكَتّان ، والوَرْسِ ، والحِنّاء ، والعُصْفُر ، والحديد ، والنُّحاس ، ونحو ذلك . ولا يجرى فى مطعومٍ لا يُكال ، ولا يُوزن . لما رَوى ابنُ عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تَبِيعُوا الدِّينَارَ بِالدِّينَارَيْنِ ، ولاَ الدِّرْهَمَ بِالدِرْهَمَيْنِ ، ولاَ الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ . فَإنِّى أَخَافُ عَلَيْكُم الرَّماء » ـ وهو الربا ـ فقام إليه رجل فقال : يارسُول الله أرأيتَ الرجلَ يبيعُ الفَرَسَ بالأفراسِ ، والنَّجِيبَة بالإبلِ ؟ فقال : « لاَ بأس إذا كَانَ يداً بِيَدٍ » رواه الإمام أحمد فى المُسند ، عن ابن حِبّان ، عن أبيه عن ابن عمر . وعن أنس أن النبىَّ صلّى الله عليه وسلم قال « مَاوُزِنَ مِثْلاً بِمثْلٍ إذَا كَانَ نَوْعاً واحداً ، ومَا كِيلَ مِثْلاً بِمثْلٍ إذَا كَانَ نَوْعاً وَاحِداً » رواه الدارقطنىّ ، ورواه عن ابن صاعد ، عن عبد الله ابن أحمد بن حَنْبل ، عن أحمد بن محمد بن أيّوب ، عن أبى بكر بن عَيّاش ، عن الربيع ، عن صبيح ، عن الحسن ، عن عُبادَة ، وأنس ، عن النبىِّ صلى الله عليه وسلم : وقال : لم يَروِه عن أبى بكر هكذا غيرُ محمد بن أحمد بن أيّوب ، وخالفه ، غيرُه فرواه بلفظ آخر ، وعن عمّار أنه قال : « العَبْدُ خَيْرٌ مِنَ العَبْدَيْن ، والثَّوْبُ خَيْرٌ مِنَ الثوْبَين ، فمَا كَان يداً بِيَدٍ فَلاَ بأْس به ، إنّما الرِّبَا فى النَّساء إلا مَا كِيلَ أَو وُزِنَ » ولأن قضية البيع المساواة ، والمؤثّر فى تحقيقها الكيلُ ، والجنس . فإن الوزن ، أو الكيل يُسوِّى بينهما صورةً ، والجنس يُسوِّى بينهما معنىً . فكانا عِلّة . ووجدنا الزيادة فى الكيل محرّمة دون الزيادة فى الطعم ، بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة ، فإنه جائز إذا تساويا فى الكيل .

والرواية الثانية : أن العِلّة فى الأثمانِ الثمنيّة ، وفيما عداها كونُه مطعومَ جِنْسٍ ، فيختصّ بالمطعومات ، ويخرجُ منه ماعداها ، قال أبو بكر : رَوى ذلك عن أحمد جماعةٌ ، ونحوَ هذا قال الشافعىّ . فإنه قال : العلّة الطُّعمُ ، والجِنْسُ شَرْطٌ ، والعلّة فى الذهب والفضّة : جوهريّة الثمنيّة غالباً فيختصّ بالذهب ، والفضة . لما رَوى مَعْمرُ بن عبد الله : «أنّ النبىَّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بَيْع الطَّعامِ بالطَّعامِ إلاّ مِثلاً بمثلٍ»

رواه مسلم ، ولأن الطعم وصف شرف ، إذ بها قوامُ الأموال ، فيقتضى التعليلَ بهما ، ولأنه لو كانت العلة فى الأثمان الوزنَ لم يجز إسلامُهما فى الموزونات . لأن أحدَ وصفى علة ربا الفضل يكفى فى تحريم النَّساء .

والرواية الثالثة : العلة فيما عدا الذهبَ والفضة ، كونُه مطعوم جنس ، مَكيلاً أو مَوْزونا . فلا يجرى الربا فى مطعوم لا يكال ، ولا يوزن ، كالتفاح والرمان ، والخوخ والبِطّيخ ، والكمّثرى ، والأُترج ، والسفَرْجَل ، والإجَّاص ، والخيار ، والجوز ، والبَيْض ، ولا فيما ليس بمطعوم ، كالزعفران ، والأُشنان ، والحديد ، والرصاص ، ونحوه ، ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب . وهو قديم قولى الشافعىّ ، لما رُوى عن سعيد بن المسيّب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : «لاَ رِبًا إلا فِيمَا كِيلَ ، أوْ وُزِنَ مِمّا يُؤْكَلُ أوْ يُشْرَبُ» أخرجه الدارقطنى ، وقال : الصحيح : أنه من قول سعيد . ومن رفعه فقد وهم ، ولأنّ لكلّ واحد من هذه الأوصاف أثراً . والحكم مقرون بجميعها فى المنصوص عليه . فلا يجوز حذفُه ، ولأنّ الكيلَ ، والوزن ، والجنس ، لا يقتضى وجوب المماثلة ، وإنما أثرُه فى تحقيقها فى العلة ما يقتضى ثبوت الحكم ، لا ما تحقق شرطه ، والطُّعْمُ بمجرده لا تتحقق المماثلة به ، لعدم المعيار الشرعىّ فيه ، وإنما تجب المماثلة فى المعيار الشرعىّ ، وهو الكيلُ والوزن ، ولهذا وجبت المساواة فى المكيل كيلاً ، وفى الموزون وَزْناً . فوجب أن يكون الطُّعْمُ مُعتبراً فى المكيل ، دون غيرهما . والأحاديث الواردة فى هذا الباب يجب الجمعُ بينها ، وتقييدُ كلّ واحدٍ منها بالآخر ، فَنَهْىُ النبىّ صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام إلاّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، يتقيّد بما فيه معيارٌ شرعىّ ، وهو الكيل ، والوزن . ونهيُه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيّد بالمطعوم المنهىّ عن التفاضُل فيه ، وقال مالك : العلة القوتُ ، أو ما يُصْلِحَ به القوت ، من جنس واحدٍ من المدّخرات ، وقال ربيعةُ : يجرى الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره ، وقال ابن سيرين : الجنس الواحدُ علّة . وهذا القول لا يصحّ . لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم فى بيع الفرس بالأفراس ، والنجيبة بالإبل «لا بأْسَ بِهِ إذا كَانَ يَداً بِيدٍ» ورُوى « أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم ابتاع عَبْداً بِعَبْدَيْنِ » رواه أبو داود ، والترمذىّ ، وقال : هو حديث حسن ، صحيح ، وقول مالك ينتقض بالحَطَب ، والإدام يُسْتَصلَحُ به القوت ، ولا رِبًا فيه عنده[1] ، وتعليل ربيعة ينعكس بالملح ، والعكْسُ لازم عند اتحاد العلة .

والحاصل : أن ما اجتمع فيه الكيلُ ، والوزنُ ، والطُّعْمُ من جنس واحد ففيه الرّبا ، روايةً واحدةً ،

---

(١) ينبغى حمل قول مالك (ما يصلح به القوت) على ما يدخل فى القوت عند أكله ، فيجب أن يكون ما يصلح به القوت مطعوماً ، لا خارجاً عن المطعوم كالوقود مثلا ، وبذلك لا ينتقض قوله بالحطب والفحم والبترول ونحوها ، لأنها ليست داخلة فى المطعوم .

كالأرز ، والدُّخن ، والذرة ، والقِطْنِيّاتِ[1] ، والدُّهن ، والخلّ ، واللحم ، ونحوه . وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر : هذا قول علماء الأمصار فى القديم ، والحديث ، سوى قَتادَة : فإنه بلغنى أنه شذّ عن جماعة الناس ، فقَصَر تحريمَ التفاضل على الستّة الأشياء . وما انعدم فيه الكيلُ ، والوزنُ ، والطُّعْمُ ، واختلفَ جِنْسُه فلا رِبا فيه ، روايةً واحدةً . وهو قول أكثر أهل العلم ، كالتين ، والنَّوَى ، والقتّ ، والماء ، والطّين الأرمنىّ ، فإنه يُؤْكَلُ دَواءً ، فيكونُ مَوْزوناً مأكولاً . فهو إذاً من القسم الأول . وما عداه إنّما يُؤْكَلُ سَفَهاً ، فجرى مَجرى الرَّمْلِ وَالحَصَا . وقد رُوى عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال لعائشةَ « لاَ تَأْكُلِي الطِّينَ . فَإِنَّهُ يُصَفِّرُ اللَّوْنَ » وما وُجد فيه الطُّعْمُ وحده ، أو الكيلُ ، أو الوزنُ من جنس واحد ففيه روايتان . واختلف أهل العلم فيه . والأولى إن شاء الله تعالى : حِلّه ، إذ ليس فى تحريمه دليل موثوق به ، ولا معنى يَقْوَى التمسُّك به . وهى مع ضعفها يُعارض بعضها بعضاً ، فوجب اطّراحُها ، أو الجمع بينها ، والرجوع إلى أصل الحِلّ الذى يقتضيه الكتاب ، والسنّة ، والاعتبار . ولا فرق فى المطعومات بين ما يؤكل قوتاً ، كالأرز ، والذرة ، والدّخن ، أو أُدْماً ، كالقُطْنِيّاتِ ، واللبن ، واللحم ، أو تفكُّهاً كالثّمار ، أو تداوياً كالإهليلَج ، والسَّقَمُونيا . فإنّ الكلّ فى باب الرِّبا واحد .

٢٧٩٦ (فصل) وقوله ما كيل، أو وزن، أى ما كان جنسُه مَكيلاً، أو موزوناً ، وإن لم يتأتّ فيه كيلٌ ، ولا وزن ، إمّا لقلّته ، كالحبّة ، والحبّتين ، والحَفْنَةِ والحَفْنَتَيْنِ، وما دون الأَرْزَةِ من الذهب ، والفضة ، أو لكثرته كالزُّبْرَةِ[2] العظيمة ، فإنّه لا يجوزُ بيعُ بعضه ببعض ، إلاّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، ويحرُم التفاضلُ فيه ، وبهذا قال الثورىّ والشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر . وَرَخَّصَ أبو حنيفة فى بيع الحَفْنة بالحَفْنَتَيْنِ، والحَبَّةِ بالحَبَّتَيْنِ ، وسائرِ المكيلِ الذى لا يتأتّى كيلُه ، ووافق فى الموزون . واحتجّ بأن العلّة الكيلُ ولم يوجد فى اليسير .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « التَّمْر بالتَّمْرِ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، وَالبُرُّ بالبُرِّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، مَنْ زَادَ أو ازْدَادَ ، فقد أَرْبَى » ولأن ما جرى الربا فى كثيره جرى فى قليله ، كالموزون .

٢٧٩٧ (فصل) ولا يجوز بيع تمرة بتمرة ، ولا حَفْنَةٍ بحَفْنَةٍ . وهذا قول الثورىّ . ولا أعلمه منصوصاً عليه . ولكنه قياس قولهم . لأن ما أصله الكيلُ لا تجرى المماثلةُ فى غيره .

٢٧٩٨ (فصل) فأما ما لا وزن للصناعة فيه كمعمول الحديد ، والرصاص ، والنحاس، والقطن ، والكتّان ،

---

(١) القطنيات : بضم القاف وكسرها مع سكون الفاء ، الحبوب التى تطبخ كالعدس والفول والحمص .

(٢) الزبرة العظيمة القطعة العظيمة .

والصوف ، والإبْرَيْسَم[١] فالمنصوص عن أحمد فى الثياب والأكسية أنه لا يجرى فيها الرِّبا . فإنه قال : لا بأس بالثوب بالثوبين ، والكساء بالكساءين . وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال: لا يُباع الفَلْس[٢] بالفَلْسَيْنِ ، ولا السكين بالسكينين ، ولا إبرةٌ بإبرتين ، أصله الوزن ، ونقل القاضى حكمَ إحدى المسألتين إلى الأخرى . فجعل فيهما جميعاً روايتين :

إحداهما : لا يجرى فى الجميع . وهو قول الثورىّ ، وأبى حنيفة ، وأكثر أهل العلم لأنه ليس بموزون ، ولا مكيل . وهذا هو الصحيح . إذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة ، وعدم النقص ، والإجماع فيه .

والثانية : يجرى الربا فى الجميع . اختارها ابنُ عقيل . لأن أصلَه الوزنُ . فلا يخرج بالصناعة عنه ، كالخُبْز ، وذكر أن اختيار القاضى : أن ما كان يُقصد وزنُه بعد عمله ، كالأسطال[٣] ففيه الرِّبا ، وما لا فلا .

٢٧٩٩ (فصل) ويجرى الربا فى لحم الطير ، وعن أبى يوسف : لا يجرى فيه ، لأنه يُباع بغير وزن .

ولنا : أنه لحمٌ ، فجرى فيه الربا ، كسائر اللُّحْمان ، قوله : لا يوزن ، قلنا : هو من جنس ما يُوزنُ ، ويُقصد ثِقَلُه ، وتختلف قيمتُه بثِقَلِه ، وخفته . وأشبه ما يُباع من الخبز بالعدد .

٢٨٠٠ (فصل) والجيّد والردىء والتِّبْرُ ، والمضروب ، والصحيح ، والمكسور ، سواء فى جواز البيع مع التماثُل ، وتحريمِهِ مع التفاضُل . وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفةَ والشافعىّ . وحُكى عن مالك جوازُ بيع المضروب بقيمته من جنسه . وأنكر أصحابه ذلك ونَفوْهُ عنه ، وحَكى بعض أصحابنا عن أحمد روايةً : لا يجوز بيع الصحاح بالمُكَسَّرة ، ولأن للصناعة قيمةً . بدليل حالةِ الإتلاف . فيصيرُ كأنه ضَمّ قيمةَ الصناعة إلى الذهب .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، والفِضَّةُ بالفِضَّةِ مِثْلاً بِمِثْلٍ » وعن عُبادة ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ تِبرُها وعينُها ، والفِضَّةُ بالفِضَّةِ تِبرُهَا وعَيْنُها » رواه أبو داود ، وروى مسلم عن أبى الأشعث « أنَّ مُعاويةَ أَمَرَ بِبَيْعِ آنِيَةٍ مِنْ فِضَّةٍ فى أعْطِيَاتِ النَّاسِ ، فَبلَغ عُبادَةَ فقال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهَى عن بيع الذَّهَبِ بالذَّهَبِ ، والفِضَّةِ بالفِضَّةِ ، والبُرِّ بالبُرّ ، والشَّعِيرِ بالشعِيرِ ، والمِلْحِ بالمِلْحِ ، إلاّ سَواءً بسَواءٍ ، عَيْناً بعَيْنٍ ، فمن زاد ، أو ازْدادَ ، فقد أرْبى » وروى الأثرم ، عن عطاء بن يَسار « أنّ مُعاويةَ

(١) الإبريسم : الحرير .
(٢) الفلس : واحد الفلوس : كالقرش ونصف القرش ونحو ذلك. (٣) الأسطال : الكيزان ونحوها

بَاعَ سِقَايَةً مِنْ ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ بِأَكْثَرَ مِنْ وَزْنِهَا ، فَقَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلَّم ، يَنْهَى عَنْ مِثْلِ هَذَا إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، ثم قَدِمَ أَبُو الدَّرْدَاءِ عَلَى عُمَرَ بن الخطَّاب رَضِىَ اللهُ عنهما ، فذكر لَهُ ذَلِكَ ، فكتب عُمَرُ إلى مُعَاوِيَةَ : لاَ تَبِعْ ذَلِكَ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ وَزْناً بِوَزْنٍ » ولأنهما تساويا فى الوزن . فلا يُؤثِّر اختلافهما فى القيمة ، كالجيِّد والردىء ، فأما إن قال لصائغ : صُغ لى خاتماً وزنُه درهم ، وأعطيك مثلَ وزنه ، وأجرَتَكَ دِرْهَمًا . فليس ذلك بَيْعَ درهم بدرهَمَيْن . وقال أصحابنا : للصائغ أخذ الدرهمين : أحدهما فى مقابلة الخاتم . والثانى : أجرةً له .

٢٨٠١ (فصل) وكلّ ما حُرم فيه التفاضل حرُم فيه النَّساء . بغير خلاف نعلمهُ ويحرُم التفرّق قبل القبض. لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « عَيْناً بِعَيْنٍ » وقوله « يَداً بِيَدٍ » ولأنّ تحريم النَّسَاءِ آكدُ ، ولذلك جرى فى الجنسين المختلفين . فإذا حرُم التفاضلُ فالنَّساء أولى بالتحريم .

٢٨٠٢ « مسألة » قال ﴿ وما كان من جنسين فجائزٌ التفاضلُ فيه يداً بيدٍ . ولا يجوز نَسِيئَةً ﴾ لا خلاف فى جواز التفاضل فى الجنسين نعلمه ، إلا عن سعيد بن جُبَيْر أنه قال : ما يتقارَبُ الانتفاعُ بهما لا يجوزُ التفاضلُ فيهما : وهذا يردّه قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « بِيعُوا الذَّهَبَ بِالفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ ، وَبِيعُوا البُرَّ بالتَّمرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ ، وَبِيعُوا الشَّعِيرَ بالتَّمرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ » وفى لفظ « إِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأشياء فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ » رواه مسلم ، وأبو داود ، ولأنهما جنسان ، فجاز التفاضل فيهما ، كما لو تباعدت منافعهما . ولا خلاف فى إباحة التفاضل فى الذهب بالفضة ، مع تقارُب منافعهما .

فأما النَّسَاء : فكلّ جنسين يجرى فيهما الرّبا بعِلَّة واحدة ، كالمكيل بالمكيل ، والموزون بالموزون ، والمطعوم بالمطعوم عند من يُعلِّل به . فإنه يُحرّم بيع أحدهما بالآخر نَساءً . بغير خلاف نعلمُه . وذلك لقوله عليه السلام « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ » وفى لفظ « لاَ بَأْسَ بِبَيْعِ الذَّهَبِ بالفِضَّةِ وَالفِضَّةُ أَكْثَرُهما يداً بيَدٍ ، وأمّا نَسِيئَةً فَلاَ ، وَلاَ بَأْسَ بِبَيْعِ البُرّ بالشَّعِيرِ ، والشَّعِيرُ أكثرُهما يداً بيَدٍ . وأمّا النَّسِيئَةُ فَلاَ » رواه أبو داود . إلا أن يكون أحد العوَضين ثمناً ، والآخرُ مُثْمَناً فإنَّه يجوز النَّسَاء بينهما بغير خلاف . لأن الشرع أرخَصَ فى السَّلَمِ ، والأصلُ فى رأس المال الدراهمُ والدنانيرُ . فلو حرّم النَّسَاءُ ههنا لا نسدّ بابُ السَّلَم فى الموزونات فى الغالب .

فأمّا إن اختلفت علّتهما ، كالمكيل بالموزون ، مثلُ بَيْع اللّحم بالبُرّ ففيهما روايتان :

إحداهما : يحرُم النَّسَاءُ فيهما . وهو الذى ذكره الخِرَقىّ ههنا . لأنهما مالان من أموال الرّبا ، فحرُم النَّسَاءُ فيهما ، كالمكيل بالمكيل .

والثانية : يجوز النَّسَاءُ فيهما وهو قول النخعىّ . لأنهما لم يجتمعا فى أحد وصفى عِلّة ربا الفضل . فجاز النَّسَاءُ فيهما ، كالثِّيَاب بالحيوان .

٢٨٠٣ (فصل) وإذا باع شيئاً من مال الرِّبا بغير جنسه، وعلّة ربا الفضل فيهما واحدةٌ : لم يجُز التفرّق قبل القبض ، فإن فعلا بطل العقدُ . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : لا يُشترط التقابُض فيهما ، كغير أموال الرّبا ، وكبيع ذلك بأحد النقدين .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ ، والفِضَّةُ بِالفِضَّةِ ، والبُرُّ بِالبُرِّ والشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ ، والتَّمرُ بالتمرِ ، والمِلْحُ بِالمِلْحِ مِثْلاً بِمِثْلٍ سَوَاءً بسَوَاءٍ يَداً بِيَدٍ » رواه مسلم . وقال عليه السلام « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ » وروى مالك بن أوس بن الحدثان « أَنَّهُ الْتَمَسَ صَرْفاً بِمائَةِ دِينَارٍ . قال: فدَعَانِى طَلْحَةُ بنُ عُبَيْدِ الله فتَرَاوَضْنَا حَتّى اصْطَرَفَ مِنّى . فَأَخَذَ يُقَلِّبُهَا فِى يَدَيْهِ، ثُمَّ قال : حَتَّى يَأْتِىَ خَازِنِى مِنَ الغَابَةِ ، وعُمَرُ يَسْمَعُ ذَلِكَ . فقال : لَا وَاللهِ، لَا تُفَارِقُهُ حَتَّى تَأْخُذَ مِنْهُ . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذَّهَبُ بالوَرِق رباً إِلاَّ هاءَ وَهَاءَ ، والبرّ بالبُرّ رباً إلاَّ هاءَ وَهَاءَ ، والتَّمرُ بالتَّمرِ رباً إلاّ هَاءَ وَهَاءَ ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ رباً إلاّ هَاءَ وَهَاءَ[1] » متفق عليه ، والمراد به القبض . بدليل أن المراد به ذلك فى الذهب والفضّة . ولهذا فسّره عمر به . ولأنهما مالان من أموال الرّبا علّتهما واحدة ، فحرم التفرّق فيهما قبل القبض ، كالذهب بالفضّة .

فأمّا إن اختلفت علتهما ، كالمكيل بالموزون عند من يُعلّل بهما ، فقال أبو الخطاب : يجوز التفرّق فيهما قبل القبض روايةً واحدةً . لأنّ عِلّتهما مختلفة ، فجاز التفرّق قبل القبض ، كالثمن بالمثمن . وبهذا قال الشافعىّ ، إلا أنه لا يتصوّر عنده ذلك إلا فى بيع الأثمان بغيرها ، ويحتمل كلام الخِرَقىّ وجوب التقابُض على كلّ حالٍ . لقوله « يداً بيد »

٢٨٠٤ « مسألة » قال ﴿وما كان مما لا يُكال،ولا يوزن ، فجائزٌ التفاضلُ فيه يداً بيدٍ . ولا يجوز نسيئةً﴾

اختلفت الرواية فى تحريم النَّسَاءِ فى غير المكيل ، والموزون ، على أربع روايات . إحداهنّ : لا يحرُم النَّسَاء فى شىء من ذلك ، سواء بيعَ بجنسه ، أو بغيره مُتساوياً أو متفاضلاً إلاّ على قولنا : إن العِلةَ الطُّعْم . فيحرُم النَّسَاء فى المطعوم ، ولا يحرُم فى غيره . وهذا مذهب الشافعىّ . واختار القاضى هذه الرواية . لما روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو « أنَّ رَسُولَ الله صلّى الله عليه وسلّم أمَرَهُ أنْ يُجَهِّزَ

---

(١) هاء وهاء : بفتح الهمزة ، أصلها (ها) بدون همزة أى إلا أن يقول كل من البائعين للآخر هاء،أى خذ ، فيأخذ كل واحد ماله ، وقيل أصلها هاك بمعنى خذ أيضاً ، فأبدلت الكاف همزة ، كما فى قوله تعالى (هاؤم اقرءوا كتابية) أى خذوا، وفيها أقوال أخرى . فاكتفينا بما أوردنا لأنه يفى بالمطلوب.

جَيْشاً : فَنَفِدَتِ الْإِبِلِ . فَأَمَرهُ أَنْ يَأْخُذَ فِي قِلاَصِ[١] الصَّدَقَةِ . فَكَانَ يَأْخُذُ البعير بالبَعِيرَيْنِ إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَةِ » رواه أبو داود . وروى سعيدٌ فى سُننه عن أبى مَعْشر ، عن صالح بن كَيْسانَ عن الحسَن بن محمدٍ « أَنَّ عِلِيًّا بَاعَ بَعِيرًا لَهُ يُقَال لَهُ : عُصَيْفِير بأَرْبعَةِ أَبْعِرةٍ إِلَى أَجَلٍ » ولأنهما مالان لايجرى فيهما ربا الفضل . فجاز النَّساء فيهما ، كالعَرْضِ بالدِّينار . ولأن النَّساء أحدُ نوعى الرِّبَا . فلم يجُز فى الأموال كُلِّها كالنوع الآخر .

والرواية الثانية : يحرُم النَّساء فى كلّ مالٍ بيع بجنسه ، كالحيوان بالحيوان ، والثياب بالثياب . ولا يحرُم فى غيرذلك ، وهذا مذهبُ أبى حَنِيفَةَ . وممَن كره بيع الحيوان بالحيوان نَساء : ابنُ الحَنَفِيَّة ، وعبدُ الله بن عُمَيْر ، وعطاء ، وعِكْرِمةُ بن خالد ، وابن سيرين ، والثورىّ . ورُوى ذلك عن عمّار ، وابن عمر ، لما روَى سَمُرةُ « أَنَّ النبيَّ صَلَّي اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم نَهَى عَنْ بَيْعِ الحَيَوان بِالْحَيَوانِ نَسِيئَةً » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح ، ولأنّ الجنس أحدُ وَصْفَى عِلَةِ رِبَا الفَضْلِ فحرم النَّساء كالـكيل ، والوزن .

والثالثة : لا يحرُم النَّساء إلا فيا بيع بجنسه مُتفاضلاً . فأما مع التماثل فلا . لما روى جابرٌ أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « الْحَيَوَانُ اثْنَيْنِ بِواحِدٍ لَا يَصْلُحُ نَسَاء ، وَلاَ بَأْسَ بِهِ يداً بِيَدٍ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن ، وروى ابن عمر « أَنَّ رَجُلاً قال : يارسُول الله ،أَرَأَيْتَ الرَّجُلَ يَبِيعُ الفَرَسَ بالأَفْرَاسِ والنَّجِيبَةَ[٢] بِالإِبلِ ؟ فَقَالَ : لَا بَأْسَ إِذَا كَان يَداً بِيَدٍ » من المسند ، وهذا يدلّ على إباحة النَّساء مع التماثل بمفهومه .

والرابعة : يحرُم النَّساء فى كلّ مال بيع بمال آخر ، سواء كان من جنسه ، أو من غير جنسه . وهذا ظاهر كلام الخِرَقىّ . ويحتمل أنه أراد الرواية الثالثة . لأنه بيع عَرْضٍ[٣] بعَرْضٍ ، فحرُم النَّساء بينهما كالجنسين من أموال الرِّبا ، قال القاضى : فعلى هذا لو باع عَرْضاً بعَرْض ومع أحدهما دَراهمُ ، العُرُوضُ نَقْداً والدراهمُ نَسِيئةً لم يجُز . لأنه يُفضى إلى النَّسيئة فى العُروض . وهذه الرواية ضعيفةٌ جدًّا ، لأنه إثبات حُكم يخالف الأصلَ بغير نصّ ، ولا إجماع ، ولا قياس صحيح . فإن فى المحلّ المجمَع عليه ، أو المنصوصُ عليه أوصافاً لها أثرٌ فى تحريم الفضل . فلا يجوزُ حذفُها عن درجة الاعتبار . وما هـذا سبيلُه لا يجوزُ إثباتُ الحـكم فيه ، وإن لم يُخالف أصلاً ، فـكيف يَثْبُتُ مع مخالفة الأصل فى حِلّ البيع ؟

---

(١) القلاص : جمع قلوص ، بفتح القاف وضم اللام ، وهى الشابة من الإبل ، والقوية الباقية على السير .

(٢) النجيبة : الناقة الـكريمة التى لها قيمة عالية ، ومعنى بيعها بالإبل : أن يأخذ صاحبها بدلها عددا من النوق أو الجمال .

(٣) العرض . مايتجر فيه من المبيعات .

وأصحّ الروايات : هى الأولى ، لموافقة الأصل ، والأحاديثُ المخالفة لهـا قال أبو عبد الله : ليس فيها حديثٌ يُعتمد عليـــه . ويُعجبنى أن يتوقاه . وذكر له حديث ابن عباس ، وابن عمر فى هذا ، فقال : هما مُرْسلان . وحديث سَمُرةَ يرويه الحسنُ عن سَمُرة . قال الأثرم ، قال أبو عبدالله : لا يصحّ سماع الحسن من سَمُرة ، وحديث جابر قال أبو عبد الله : هذا حَجّاجٌ زاد فيه « نَسَاء » وليثُ بن سعد سمعه من أبى الزُّبير ولا يذكر فيه « نَساء » وحجّاجٌ هـذا هو حَجّاج بن أرْطَأةَ : قال يعقوب بن شَيْبَةَ : هو واهى الحديث . وهو صَدُوق .

وإن كان أحد المبيعين مما لا ربا فيه ، والآخرُ فيه رباً كالمكيل بالمعدود ، ففيه روايتان : إحداهما : يُحرم النَّساء فيهما . والثانية : لا يَحْرُم . كما لو باع معدوداً بمعدودٍ من غير جنسه .

٢٨٠٥ « مسألة » قال { ولا يُباع شىء من الرَّطْبِ بيابس ، من جِنْسِه إلا العَرايَا }

أراد الرطب مما يجرى فيه الرِّبا ، كالرُّطَب بالتمر ، والعِنَبِ بالزَّبيبِ ، واللّبنِ بالْجُبْن ، والحِنْطَةِ المَبْلُولةِ ، أو الرَّطْبَةِ باليَابِسَةِ أوالمَقْليَّةِ بالنِّيئَةِ ، ونحو ذلك . وبه قال سعدُ بن أبى وقاص ، وسعيدُ بن المسيِّب ، والليث ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق،وأبو يوسفُ ومحمد ، وقال ابن عبدالبرّ: جمهور علماء المسلمين على أنّ بيع الرُّطَبِ بالتَّمْرِ لا يجوز بحال من الأحوال . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك . لأنه لاَ يَخلوُ : إمّا أن يكون من جنسه فيجوز . لقوله عليه السلام « التَّمْرُ بالتَّمْرِ مِثْلاً بِمثْلٍ » أو من غير جنسه فيجوز ، لقوله عليه السلام « فَإذا اخْتَلَفَتْ هَــذِهِ الأصْنَافُ فَبيعُوا كَيفَ شِئْتُمْ » .

ولنـا : قوله عليه السلام « لاَ تَبيعُوا التَّمْرَ بالتَّمْرِ » وفى . لفظ « نَهىَ عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ بالتَّمْرِ . وَرخَّصَ فِى العَرِيةِ[1] أنْ تُبَاعَ بخَرْصِها ، يأ كُلُها أهْلُها رُطَبًا » متفق عليه . وعن سعد « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم سُئِلَ عَنْ بَيْعِ الرُّطب بالتَّمْرِ ؟ فَقالَ : أينقُصُ الرُّطبُ إذَ يَبِسَ ؟ قالوا : نَعَمْ . فنهىَ عَنْ ذَلِكَ » رواه مالك ، وأبو داود والأثرم وابن ماجه . ولفظُ رواية الأثرم قال « فَلاَ إذَنْ »

---

(١) العرية : النخلة المعراة ، وهى التى وهب صاحبها ثمرة عامها . والخرص : تقدير ما على النخلة من رطب كم يصير إذا أصبح تمرا ؟ ، فيباع الرطب بالتمر بعد خرصه فى هذه المسألة ، وقد اختلف فى تفسير بيع العرية والعرايا بالخرص وقد شرح ابن الأثير فى النهاية هذه المسألة ، فقال : إن الفقير لا يكون معه نقد يشترى به الرطب، ويكون قد فضل من قوته بعض التمر، فيشترى الرطب الذى على النخلة أو النخلات بالتمر الذى معه بعد خرص الرطب وتقديره كم يكون تمراً بعد جفافه ، وقد رخص الرسول صلى الله عليه وسلم فى هذه المسألة لحاجة الفقراء ، وسيأتى للمؤلف بيان ذلك بإيضـاح ، مع بيان أن بعض الفقهاء قال: إنهليس من الضرورى أن تـكون العرية موهوبة .

نهى وعلّل بأنه ينقص إذا يبس. وروى مالك، عن نافع، عن ابن عمر «أنَّ رَسُولَ اللهِ صلَّى الله عليه وسلم نَهى عَنْ المُزَابنَةِ. والمُزَابنَةُ بَيعُ الرُّطبِ بالتَّمْرِ كَيْلاً، وَبَيْعُ العِنَبِ بالزَّبِيبِ كَيلاً» ولأنه جنس فيه الرّبا بيع بعضُه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان. فلم يَجُز، كبيع المَقْلية بالنِّيئة. ولا يلزم الحديث بالعتيق. لأن التفاوُت يسير. قال الخطَّابي: وقد تكلَّم بعض الناس في إسناد حديث سَعْد بن أبي وقاص في بيع الرُّطب بالتَّمْر وقال زيد: أبو عياش راويه ضعيف. وليس الأمر على ما توهمَّه، وأبو عيَّاش مولَى بني زُهْرَةَ معروف. وقد ذكره مالك في الموطأ. وهو لا يروي عن متروك الحديث.

٢٨٠٦ (فصل) فأما بيع الرُّطب بالرُّطب، والعنب بالعنب، ونحوه من الرطب بمثله. فيجوز مع التماثل في قول أكثر أهل العلم، ومنع منه الشافعيّ فيما ييبَس. أمّا ما لاَ ييبَسُ كالقِثّاء، والخيار، ونحوه فعلى قولين. لأنه لا يُعلم تساويهما حالةَ الادخَار. فأشبه الرُّطب بالتمر. وذهب أبو حفص العُكبَريّ من أصحابنا إلى هذا. وحمل كلام الخِرَقيّ عليه. لقوله في اللّحم: لا يجوز بيع بعضه ببعض رَطبا. ويجوز إذا تناهي جَفَافُه مِثْلاً بمثل. ومفهوم كلام الخِرَقيّ ههنا إباحةُ ذلك. لأن مفهوم نهيه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر إباحةُ بيع كلّ واحدمنهما بمثله. ولأنهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدها بالنقصان. فجاز، كبيع اللّبنَ باللّبن، والتمر بالتمر، ولأن قوله تعالى (وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ) عامّ خرج منه المنصوص عليه، وهو بيع التمر بالتمر. وليس هذا في معناه. فيبقى على العموم. وما ذكره لا يصحّ: فإن التفاوت كثير. وينفرد أحدها بالنقصان، بخلاف مسألتنا. ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق: لأن التفاوُت في ذلك يسيرٌ، ولا يمكن ضبطُه فيُعفى عنه.

٢٨٠٧ «مسألة» قال ﴿ولا يُباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً، ولا ما أصلُه الوزن كيلا﴾

لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المماثلة في بيع الأموال التي يحرُم التفاضل فيها، وأن المساواةَ المرعيَّة هي المساواةُ في المكيل كيلاً، وفي الموزون وزناً. ومتى تحققت هذه المساواة لم يَضرّ اختلافهما فيما سواها. وإن لم يوجد لم يصحّ البيع. وإن تساويا في غيرها، وهذا قول أبي حنيفة، والشافعيّ، وجمهور أهل العلم. لا نعلم أحداً خالفهم إلا مالكا قال: يجوز بيع الموزونات بعضها ببعض جزافاً[1].

ولنا: قول النبي صلى الله عليه وسلم «الذَّهَبُ بالذَّهبِ وَزْناً بِوَزْنٍ وَالفِضَّةُ بالفِضّةِ وَزْناً بِوَزْنٍ، والبُرّ بالبُرِّ كَيلاً بِكَيْلٍ، وَالشعيرُ بالشعيرِ كَيلاً بِكَيْلٍ» رواه الأثرم في حديث

(١) الجزاف: بكسر الجيم، بيع شيء غير مقدر بشيء غير مقدر.

عُبادة ، ورواه أبو داود ولفظهُ « البُرُّ بالبُرِّ مُدْيٌ بمُدْيٍ[1] ، والشعيرُ بالشعير مُدْيٌ بِمُدْيٍ ، والمِلْحُ بالمِلْحِ مُدْيٌ بِمُدْيٍ ، فَمَنْ زَادَ أَوِ ازْدَادَ فَقَدْ أَرْبَى » فأمر بالمساواة فى الموزونات المذكورة فى الوزن كما أمر بالمساواة فى المكيلات فى الكيل . وما عدا الذهب ، والفضة من الموزونات مقيسٌ عليهما ، ومُشبّه بهما ، ولأنه جنسٌ يجرى فيه الربا ، فلم يجز بيع بعضه ببعض جزافاً كالمكيل ، ولأنه موزون من أموال الربا . فأشبه الذهب والفضة . ولأنّ حقيقة الفضل مُبْطِلَةٌ للبيع . ولا نعلم عدم ذلك إلا بالوزن . فوجبَ ذلك كما فى المكيل والأثمان .

إذا ثبت هذا : فإنه لايجوز بيع المكيل بالمكيل وزناً ، ولا بيع الموزون بالموزون كيلاً ، لأنّ التماثُل فى الكيل مُشترَط فى المكيل ، وفى الوزن فى الموزون ، فمتى باع رِطلاً من المكيل برِطلٍ حَصَل فى الرِّطل من الخفيف أكثرُ مما يحصُل من الثقيل : فيختلفان فى الكيل . وإن لم يُعلم الفضل لكن يُجهل التساوى فلا يصحّ ، كما لو باع بعضَه ببعض جزافاً ، وكذلك لو باع الموزون بالموزون بالكيل . فلا يتحقّق التماثُل فى الوزن ، فلم يصحّ ، كما ذكرنا فى المكيل .

٢٨٠٨ (فصل) ولو باع بعضه ببعض جزافاً ، أو كان جزافاً من أحد الطرفين . لم يجُز ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن ذلك غيرُ جائز إذا كانا من صنف واحد . وذلك لما روَى مُسلم ، عن جابر قال : « نَهىَ رَسُولُ اللهِ صلى اللهُ عليه وَسلّم عن بيع الصُّبْرَةِ[2] من التَّمْرِ لاَ يُعْلَمُ مَكِيلُها بالكَيْلِ المُسمّى مِنَ التَّمْرِ » وفى قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْناً بوَزْنٍ » إلى تمام الحديث : دليل على أنه لا يجوز بيعُه إلا كذلك ، ولأن التماثُل شرط ، والجهل به يُبطل البيع ، كحقيقة التفاضُل .

٢٨٠٩ (فصل) وما لا يُشترط التماثُل فيه كالجنسين ، وما لا ربا فيه يجوزُ بيعُ بعضه ببعضٍ ، كيلاً ووزناً ، وجِزافاً . وهذا ظاهر كلام الخِرَقىّ لتخصيصه ما يكال بمنع بيعه بشىء من جنسه وزناً : وما يُوزن بمنع بيعه من جنسه كيلاً . وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمعَ أهلُ العلم على أن بيع الصُّبْرَةِ من الطعام بالصُّبْرَةِ لا يُدرَى كم كيلُ هذه ، ولا كيلُ هذه ؟ من صنف واحدٍ غيرُ جائز . ولا بأس به من صنفين استدلالاً بقوله عليه السلامُ « فَإِذا اخْتَلَفَ الجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ » وذهب جماعة من أصحابنا إلى منع بيع المكيل بالمكيل جِزافاً ، وبيع الموزون بالموزون جِزافاً .

---

(١) المدى : بضم الميم وسكون الدال ، مكيال لأهل الشام يسع خمسة عشر مكوكا ، بفتح الميم وتشديد الكاف ، والمكوك صاع ونصف أو أكثر من ذلك ، ومعنى مدى بمدى : مكيال بمكيال أى مثلا بمثل كما سبق فى الأحاديث .

(٢) الصبرة : بضم الميم الصاد وسكون الباء ما جمع من الطعام بدون كيل أو وزن .

وقال أحمد فى رواية محمد بن الحكم : أكره ذاك . قال ابن أبى موسى: لاخير فيما يكال بمايكالُ جزافاً، ولا خير فيما يوزن بما يوزن جزافاً . اتفقت الأجناس أو اختلفت ، ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافاً ، وقال ذلك القاضى ، والشريف أبو جعفر ، وذلك لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم « نَهى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بالطَّعَامِ مُجَازَفَةً[1] » ولأنه بيع مكيل بمكيل . أشبه الجنس الواحد .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « فَإذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ » ولأنّ قول الله تعالى (٢ : ٢٧٥ وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ) عامّ خصصناه فى الجنس الواحد الذى يجب التماثُل فيه . ففيما عداه يجب البقاء على العموم . ولأنه يجوز التفاضُل فيه . فجاز جزافاً من الطرفين ، كالمكيل بالموزون . يحقّقه : أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً. وحديثهم أراد به الجنس الواحد . ولهذا جاء فى بعض ألفاظه « نَهىَ أَنْ تُباعَ الصُّبْرَةُ لاَ يُعْلَمُ مَكِيلُها مِنَ التَّمْرِ بالصُّبْرَةِ لاَ يُعْلَمُ مَكِيلُهَا مِنَ التَّمْرِ » ثم هو مخصوص بالمكيل ، والموزون . فنقيس عليه محلّ النّزاع . وما ذكر من القياس غيرُ صحيح . لأن المكيل من جنس واحدٍ يجب التماثُل فيه ، فمنُع من بيعه مُجَازَفةً . لفوات المماثلة المشروطة . وفى الجنسين لا يُشترط التماثُل ، ولا يمنع حقيقةُ التفاضل . فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً .

٢٨١٠ (فصل) ولو قال : بعتُك هذه الصُّبرة بهذه الصُّبرةِ ، وهما من جنس واحد ولا يعلمان كيلهما . لم يصحّ لما ذكرنا . وإن علما كيلهما ، وتساويَهما صحّ البيع . لوجود التماثُل المشترَط . وإن قال : بعتُك هذه الصُّبْرة بهذه الصُّبْرةِ مِثلاً بمثلٍ فكيلتاً فكانتا سواء صَحّ البيع وإلا فلا . وإن باع صُبْرةً بصُبْرةٍ من غير جنسها صحّ عند من يُجوّز بيع المكيل بالمكيل جزافاً ، وإن قال : بعتُك هذه الصُّبْرةَ بهذه مِثلاً بمثلٍ ، فكيلتاً فكانتاً سَواء صَحّ البَيْعُ . وإن زادت إحداهما فرضى صاحب الناقصة بها مع نقصها ، أو رضى صاحب الزائدة بردّ الفضل على صاحبه جاز . وإن امتنعا فُسِخ البيع بينهما . ذكر هذا الفصل القاضى ، وهو مذهب الشافعى .

٢٨١١ (فصل) ويجوز قَسم المكيل وَزْناً ، وقَسْم الموزون كَيْلاً ، وقَسْم الثِّمارِ خَرْصاً ، وقَسْمُ ما لا يجوز بيعُ بعضِهِ ببَعْضٍ . لأن القسمة إفرازُ حقّ . وليست بَيْعاً ، ونقل عن ابن بَطة ما يدلّ على أنها بيع . فيثبُت فيها أحكامُ البيع ، ويمنع فيها ما ذكرناه . لأن كلّ جزء من ذلك مُشترَك بينهما ، فإذا تعيّن لكلّ واحد منهما حقٌّ فقد اشترى نصيب شريكه مما تعيّن له بنصيبه فيما تعيّن لشريكه . وللشافعىّ قولان كالمذهبين ، والظاهرُ أنها إفراز حقّ ، بدليل اعتبار تعديل السِّهام ، ودخوله القُرْعَةَ فيها، ولزومها بها ، والإجبار عليها ، وأنها لا تفتقر إلى لفظ بيع ولا تمليك ولا يدخلها خيار ، ولا تجوز إلا بقدر

---

(١) المجازفة والجزاف : بمعنى واحد .

الحقين ، ولا يثبُت فيها شُفعة وتختص باسم . وتغايُر الأحكام والأسماء دليلٌ على اختلافهما . ورُوى عن ابن عباس أنه قال « قَسَّمَت الصَّحابةُ رَضِيَ اللهُ عَنهُمْ الغنائِمَ بالحَجَفِ[1] » وذلك كيلُ الأثمان بمَحضَر مِنْ جَماعَةٍ كثيرة منهم ، وانتشر فى بقيتهم فلم يُنكَر . فصار إجماعاً على ما قلناه . .

٢٨١٢(فصل) فى معرفة المكيل والموزون والمرجع فى ذلك إلى العُرف بالحجاز ، فى عهد النبىّ صلى الله عليه وسلم . وبهذا قال الشافعىّ ، وحُكى عن أبى حنيفة : أن الاعتبار فى كل بلد بعادته .

ولنا : ما رَوى عبدُ الله بن عمر ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « المِكْيَالُ مِكْيَالُ المَدِينَةِ ، والمِيزَانُ مِيزَانُ مَكَّةَ » والنبىّ صلى الله عليه وسلم إنَّما يُحمل كلامه على بيان الأحكام . لأن ما كان مَكيلاً بالحجاز فى زمن النبىّ صلى الله عليه وسلم انصرف التحريمُ فى تفاضل الكيل إليه . فلا يجوز أن يتغيَّر بعد ذلك ، وهكذا الموزون ، وما لا عُرف له بالحجاز يحتملُ وجهين :

أحدهما : يُردّ إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز ، كما أنّ الحوادث تُردّ إلى أشبه المنصوص عليه بها . وهو القياس .

والثانى : يُعتبر عُرفه فى موضعه . فإن لم يكن له فى الشرع حدّ كان المرجع فيه إلى العُرف ، كالقبض والإحراز والتفرّق . وهذا قول أبى حنيفة ، وعلى هذا إن اختلفت البلادُ . فالاعتبار بالغالب . فإن لم يكن غالبٌ بطل هذا الوجه ، وتعيَّن الأول . ومذهب الشافعىّ على هذين الوجهين ، فالبُرّ ، والشعيرُ مَكيلان منصوصٌ عليهما بقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « البُرُّ بالبُرّ كَيْلاً بِكَيْلٍ . والشعيرُ بالشَّعيرِ كَيْلاً بكَيْلٍ » وكذلك سائرُ الحبوب ، والأبازيرُ ، والأشنانُ ، والجصّ ، والنُّورَة ، وما أشبهها . والتمر مكيلٌ . وهو من المنصوص عليه . وكذلك سائر تمر النخل من الرُّطب والبُسر وغيرهما . وسائر ما تجب فيه الزكاة من الثمار ، مثلُ الزبيب ، والفُستُق ، والبُندق ، والعُنّاب ، والمشمش ، والبُطْم[2] ، والزيتون ، واللوز . والمِلحُ مكيلٌ . وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام « المِلْحُ بالمِلْحِ مُدْىٌ بمُدْى » والذهب ، والفضَّة موزونان . ثبت ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ وَزْناً بِوَزْنٍ ، والفِضَّةُ بالفِضَّةِ وَزْناً بِوَزْنٍ » وكذلك ما أشبههما من جواهر الأرض ، كالحديد والنّحاس ، والصُّفْر[3] ، والرَّصاص ، والزجاج ، والزِّئبق . ومنه الأَبْرَيْسَم[4] ، والقُطن ، والكتّان ، والصوف ،

---

(١) الحجف : التروس والصدور التى يتقى بها المحارب إذا كانت من جلد بدون خشب ولا عقب ، وهى حينئذ تكون لينة تصلح لاستقرار الأشياء فيها ، وواحدة الحجف حجفة .

(٢) البطم : بضم الباء مع سكون الطاء وضمها هى الحبة الخضراء .

(٣) الصفر : بضم الصاد وسكون الفاء نوع من النحاس .

(٤) الإبريسم : بفتح السين وضمها الحرير .

وغزل ذلك ، وما أشبهه ، ومنه الْخبْزُ ، واللحم ، والشحم ، والْجبْن ، والزُّبد ، والشمع ، وما أشبهه . وكذلك الزعفران ، والعُصْفُرُ ، والوَرْسُ ، وما أشبه ذلك .

٢٨١٣ (فصل) والدقيق، والسّويق[1] مَكيلاَن . لأن أصلهما مكيل ، ولم يوجد ما ينقلهما عنه. ولأنهما يُشبهان ما يُكال ، وذكر القاضي في الدقيق : أنه يجوز بيعُ بعضه ببعض بالوزن . ولا يمتنع أن يكون أصله مكيلاً ، وهو موزون كالخبز .

ولنا : ما ذكرناه . ولأنه يُقدّر بالصاع ، بدليل أنه يُخرج في الفطرة صاعٌ من دقيق ، وقد جاء في الحديث . والصاعُ إنما يقدّر به المكيلاتُ ، وعلى هذا يكون الأقِط[2] مكيلاً . لأن في حديث صَدَقَة الفِطر « صَاعٌ مِنْ أَقِطٍ » .

٢٨١٤ (فصل) فأمّا اللبن وغيره من المائعات كالأدهان ، من الزيت ، والشَّيْرج ، والعَسَل ، والخلّ ، والدِّبس ، ونحو ذلك . فالظاهر أنّها مكيلةٌ . قال القاضي في الأدهان : هي مكيلةٌ ، وفي اللبن: يصحّ السَّلَمُ فيه كيلاً ، وقال أصحاب الشافعيّ : لا يُباع اللبن بعضُه ببعض إلا كيلاً ، وقد رُوي عن أحمد أنه سُئِلَ عن السلف في اللبن ؟ فقال : نعم كيلاً أو وَزْناً . وذلك لأن الماء مقدّر بالصاع ، ولذلك « كَانَ النبيُّ صلّى الله عليه وسلم يتوضّأ بالمُدِّ ، ويَغْتَسِلُ بالصَّاع ، ويَغْتَسِلُ هُوَ وَبَعْضُ نِسَائِهِ مِنَ الفَرَقِ[3] » وهذه مكاييلُ قدّر بها الماء . وكذلك سائِرُ المائعات . ورُوي عن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا فِي ضُرُوعِ الأَنْعَامِ إِلاَّ بالكَيْلِ » رواه ابن ماجه .

وأما غير المكيل والموزون فما لم يكن له أصل بالحجاز في كيل ، ولا وزن ، ولا يُشبه ما جرى فيه العُرف بذلك ، كالثياب ، والحيوان ، والمعدودات من الجوز ، والبيض ، والرمّان ، والقثّاء ، والخيار ، وسائر الخضراوات ، والبقول ، والسفرْجَل ، والتفّاح ، والكمّثرَى ، ونحوها . فهذه المعدودات إذا اعتبرنا التماثل فيها ، فإنَّهُ يعتبر التماثل في الوزن . لأنه أخصر . ذكره القاضي في الفواكه الرَّطْبَة ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعيّ . والآخرُ قالوا : يُعتبر ما أمكن كيلُه بالكيل ، ولأن الأصل الأعيان الأربعة . وهي مكيلةٌ . ومن شأن الفرع أن يُردَّ إلى أصله بحُكْمه . والأصلُ حكمه تحريمُ التفاضُل بالكيل ، فكذلك يكونُ حكم فروعها .

---

(١) السويق : دقيق مخلوط بسمن أو نحوه

(٢) الأقط : اللبن الجامد .

(٣) الفرق : بفتح الفاء والراء أفصح من فتح الفاء وسكون الراء مكيال بالمدينة يسع ثلاثة آصع أو ستة عشر رطلا .

ولنا : أن الوزن أخصَرُ . فوجب اعتبارُه فى غير المكيل والموزون ، كالذى لا يمكن كيلُه ، وإنما اعتبر الكيل فى المنصوص عليه . لأنه يقدّر به فى العادة وهذا بخلافه .

٢٨١٥ « مسألة » قال ﴿ والتمور كلهُا جنس ، وإن اختلفت أنواعها ﴾

الجنس : هو الشامل لأشياءَ مُختلفة بأنواعها ، والنوع : الشامل لأشياء مختلفة بأشخاصها ، وقد يكون النوع جنساً بالنسبة إلى ما تحته ، نوعاً بالنسبة إلى ما فوقه والمراد هنا : الجنسُ الأخصّ ، والنوع الأخصّ. فكلّ نوعين اجتمعا فى اسم خاصّ فهما جنس ، كأنواع التمر ، وأنواع الحِنْطة . فالتمور كلها جنس واحد . لأن الاسم الخاصّ يجمعها . وهو التمرُ ، وإن كثُرت أنواعُه ، كالبَرْنِىّ ، والمَعْقِلِىّ والإبراهيمىّ ، والخاستوىّ ، وغيرها ، وكل شيئين اتفقا فى الجنس ثبت فيهما حكم الشرع بتحريم التفاضُل . وإن اختلفت الأنواعُ لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « التَّمْرُ بالتَّمْرِ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، والبُرُّ بالبُرّ مِثلاً بمِثْلٍ » الحديث بتمامه . فاعتبر المساواة فى جنس التمر بالتمر ، والبرّ بالبرّ ، ثم قال « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ » وفى لفظ « فَإِذَا اخْتَلَفَ الجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ » وفى لفظ « إلاّ مَا اخْتَلَفَتْ أَلْوَانُه » ولا خلاف بين أهل العلم علمناه فى وجوب المساواة فى التمر بالتمر وسائر ما ذكر فى الخبر مع اتفاق الأنواع واختلافها .

٢٨١٦ (فصل) فإن كان المشتركان فى الاسم الخاصّ من أصلين مختلفين فهما جنسان ، كالأدِقَّة[1] ، والأخباز ، والخُلول ، والادْهانِ . وعَصيرُ الأشياء المختلفة كلُّها أجناسٌ مختلفة باختلاف أصولها ، وحُكى عن أحمد : أن خلّ التمر وخلّ العنب جنس . وحُكى ذلك عن مالك . لأن الاسم الخاص يجمعهما ، والصحيح : أنهما جنسان ، لأنهما من أصلين مختلفين ، فكانا جنسين ، كدقيق الحنطة ، ودقيق الشعير . وما ذكر للرواية الأخرى مُنتقِضٌ بسائر فروع الأصول التى ذكرناها ، وكلُّ نوع مبنىٌّ على أصله . فإذا كان شيئان من أصلين فهما جنسان . فزيت الزيتون ، وزيت البُطْم ، وزيتُ الفُجْل ، أجناسٌ ، وَدُهْنُ السمك والشَّيْرج ، ودُهْنُ الجوز ودُهْنُ اللوز والبزر أجناس ، وعسل النحل ، وعسل القصب جنسان ، وتمر النخل ، وتمر الهند جنسان . وكل شيئين أصلُهما واحد فهما جنس واحد ، وإن اختلفت مقاصدها ، فدُهن الورد والبنفسَج ، والزئبق ، ودُهن الياسمين إذا كانت من دُهن واحد فهى جنس واحد ، وهذا الصحيح من مذهب الشافعىّ . وله قول آخر : لا يجرى الربا فيها . لأنها لا تُقصد للأكل ، وقال أبو حنيفة : هى أجناسٌ لأنّ مقاصدها مختلفة .

ولنا : أنها كلَّها شيرج ، وإنما طيّبت بهذه الرياحين فنُسبت إليها . فلم تصرّ أجناساً ، كما لو طيّب

(١) الأدقة : جمع دقاق : بضم الدال ، وهو التوابل .

سائر أنواع الأجناس ، وقولهم . لا تقصد الرياحين للأكل . قلنا : هي صالحة للأكل . وإنما تعدّ لما هو أعلى منه . فلا تخرج عن كونها مأكولة بصلاحها لغيره . وقولهم : إنها أجناس لا يصح . لأنها من أصل واحد . ويشملها اسم واحد . فكانت جنساً كأنواع التمر والحنطة .

٢٨١٧ (فصل) وقد يكون الجنس الواحدُ مشتملا على جنسين ، كالتمر يشتمل على النوى وغيره . وهما جنسان ، واللبن يشتمل على المخيض والزُّبد . وهما جنسان . فما داما متّصلين اتصال الخلقة فهما جنس واحد . فإذا مُيِّز أحدهما من الآخر صارا جنسين حكمها حكمُ الجنسين الأصليّين .

٢٨١٨ (فصل) في بيع التمر بالتمر وفروعه . يجوز بيع التمر بالتمر كيلاً بكيلٍ ، بغير خلاف ، وسواء تساويا في الجودة والرداءة . وفي كونهما ينكبسان في المكيال أو اختلفا في ذلك ، قيل لأحمد : صاع تمر بصاع تمر ، وأحد التمرين يدخُل في المكيال منه أكثرُ ؟ فقال : إنما هو صاع بصاع . وذلك لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « التمرُ بالتمرِ مُدْيٌ بمُدْيٍ – ثمّ قال – من زاد أو ازْدادَ فقد أرْبَى » فإن كان في كلّ واحد منهما نواه جاز بيعُه متساوياً بغير خلاف . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم ، قد علم أن التمر يكون فيه النوى ، وإن نزع من كلّ واحد منهما نواه جاز أيضاً ، وقال أصحاب الشافعيّ : لا يجوز في أحد الوجهين . لأنهما لم يتساويا في حال الكمال . ولأنه يتجافى في المكيال .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم « التمرُ بالتمرِ مُدْيٌ بمُدْيٍ » ولأنهما تساويا في الحال على وجهٍ لا ينفرد أحدُهما بالنقصان . فجاز ، كما لو كان في كلّ واحد منهما نواه ، ويجوز بيع النوى بالنوى كيلاً لذلك ، وإذا باع تمراً منزوع النوى بتمر نواه فيه لم يجُز . لاشتمال أحدهما على ما ليس من جنسه دون الآخر . وإن نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لم يجُز . لأنه زالت التبعيّة بنزعه . فصار كبيع تمر وحنطة بتمر وحِنطة ، وإن باع النوى بتمر منزوع النوى جاز مُتفاضلاً ومتساوياً لأنهما جنسان . وإن باع النوى بتمر نواه فيه . فعلى روايتين ، منع منه في رواية مهنا ، وأحمد بن القاسم . لأن التمر نوى فيصيرُ كمُدّ عَجْوةٍ ، وكما لو باع تمراً فيه نواه بتمر منزوع النوى . وأجاز ذلك في رواية ابن منصور ، ولأن النوى في التمر غيرُ مقصود . ولذلك جاز بيعُ التمر بالتمر في كلّ واحد منهما نواه . وصار هذا كبيع دار مموّه سقفُها بالذهب بذهب . فعلى هذا يجوز بيعُه متفاضلاً ومُتساوياً . لأن النوى الذي في التمر لا عِبْرَة به فصار كبيع النوى بمنزوع النوى .

٢٨١٩ (فصل) ويصنع من التمر : الدِّبْسُ[١] والخَلّ . والناطف[٢] والقُطَارةُ . ولا يجوز بيع التمر بشيء منها . لأن مع بعضها من غير جنسه وبعضها مائع والتمر جامد . ولا يجوز بيع الناطف بعضه ببعض . ولا

(١) الدبس : عسل التمر . (٢) الناطف : العسل المقطر ، والقطارة ما يسيل من التمر عند عصره .

بغيره من المصنوع من التمر . لأن معها شيئاً مقصوداً من جنسهما . فينزّل منزلة مُدّ عجوة . ويجوز بيع القُطَارَةِ والدِّبس . والخلّ كلُّ نوع بعضُه ببعض مُتساوياً . قال أحمد فى رواية مهنا . فى خلِّ الدَّقَل : يجوز بيعُ بعضه ببعض متساويا . وذلك لأن الماء فى كلّ واحد منهما غيرُ مقصود . وهو من مصلحته ، فلم يمنع جواز البيع ، كالخبز بالخبز ، والتمر بالتمر فى كلّ واحد منهما نواه . ولا يُباعُ نوعٌ بنوعٍ آخر . لأن فى كلّ واحد منهما من غير جنسه يقلّ ويكثُر ، فيفضى إلى التفاضُل .

٢٨٢٠ (فصل) والعنب كالتمر فيما ذكرناه ، إلا أنه لا يُباع خلُّ العنب بخَلّ الزبيب لانفراد كلّ واحد منهما بما ليس من جنسه . ويجوز بيع خلّ الزبيب بعضه ببعض ، كما يجوزُ بيعُ خَلّ التمر بعضُه ببعض .

٢٨٢١ « مسألة » قال ﴿ والبر والشعير جنسان ﴾

هذا هو المذهب . وبه يقول الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد : أنهما جنس واحد . وحُكى ذلك عن سعد بن أبى وقّاص وعبد الرحمن بن الأسود ، بن عبد يغوث ، وابن مُعَيْقِيب الدَّوْسِىّ ، والحكَمَ ، وحمّاد ، ومالك ، والليث . لما رُوى عن مَعْمَر بن عبد الله « أنه أرسل غلامه بصاع قمح ، فقال : بعه ، ثم اشترِ به شعيراً . فذهب الغلامُ ، فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاعٍ ، فلما جاء مَعْمَراً أخبره بذلك . فقال له مَعْمَرٌ : لِمَ فعلتَ ذلك ؟ انطلِقْ فردّه ، ولا تأخذنّ إلا مثلاً بمثلٍ . فإنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نَهى عن بيع الطعام بالطعام إلاّ مِثْلاً بمِثْلٍ ، وكان طعامنا يومئذٍ الشعير ، قيل : فإنه ليس بمثله ، قال إنى أخاف أن يُضارِعَ » أخرجه مسلم ، ولأنّ أحدهما يُغَشّ بالآخر ، فكانا كنوعى الجنس .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « بِيعُوا البُرَّ بالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يداً بِيَدٍ » وفى لفظ « لاَ بَأْسَ بِبَيْعِ البُرّ بالشَّعِيرِ ، والشَّعِيرُ أكثرهما يَداً بيَدٍ ، وأَمّا نَسِيئَةً فَلاَ » وفى لفظ « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ » وهذا صريح صحيح . لا يجوز تركه بغير معارض مثله ، ولأنهما لم يشتركا فى الاسم الخاصّ ، فلم يكونا جنساً واحداً ، كالتمر والحِنْطَة . ولأنهما مُسَمَّيانِ فى الأصناف الستّة . فكانا جنسين كسائرها . وحديث معمر لابدّ فيه من إضمار الجنس . بدليل سائر أجناس الطعام . ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم ، وهو الشعير . فإنه قال فى الخبر « وَكَانَ طَعامُنَا يَوْمَئِذٍ الشَّعِيرُ » ثم لو كان عامّا لوجب تقديم الخاصّ الصريح عليه ، وفعل معمر ، وقوله ، لا يعارَض به قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وقياسُهم ينتقض بالذهب والفضة .

٢٨٢٢ (فصل) فى الحنطة وفروعها . وفروعُها نوعان . أحدهما : ما ليس فيه غيره كالدقيق ، والسّويق .

والثانى : ما فيه غيرُه ، كالخبز والهَرِيسة ، والفالوذَج ، والنِّشاء ، وأشباهها . ولاَ يجوز بيعُ الحِنْطَـةِ بشىء من فُروعها . وهى ثلاثة أقسام :

أحدها : السَّوِيق . فلا يجوز بيعُه بالحِنْطَةِ . وبهذا قال الشافعىّ ، وحُـكى عن مالك ، وأبى ثور جوازُ ذلك متماثلاً ومُتفاضِلاً .

ولنا : أنه بَيْعُ الحنطة ببعض أجزائها متفاضِلاً ، فلم يَجز كَبَيْع مَـكُّوكِ حِنْطَةٍ بمَكُّوكَىْ دَقِيقٍ . ولا سبيل إلى التماثُل . لأنّ النار قد أخذَتْ من أحدها دون الآخر . فأشبهت المقليّة .

القسم الثانى : ما معه غيرُه . فلا يجوز بيعُها به أيضاً . وقال أصحاب أبى حنيفة : يجوز ذلك بناء على مسألة مُدّ عَجوة . وسنذكر الدليل على ذلك إن شاء الله تعالى .

القسم الثالث : الدقيق ، فلا يجوز بيعُها به فى الصحيح . وهو مذهب سعيد بن المسيِّب ، والحسن ، والحكم ، وحمّاد ، والثورىّ ، وأبى حنيفة ، ومكحول . وهو المشهور عن الشافعىّ ، وعن أحمد روايةٌ أخرى . أنه جائز . وبهذا قال ربيعةُ ، ومالك . وحُـكى ذلك عن النخَعِىّ ، وقَتادة ، وابن شُبْرُمَةَ ، وإسحاق ، وأبى ثور . لأن الدقيق نفس الحنطة . وإنما تـكسّرت أجزاؤُها . فجاز بيعُ بعضها ببعض ، كالحنطة المـكسّرة بالصحاح . فعلى هذا إنما تُباع الحنطة بالدقيق وَزناً . لأنّها قد تفرّقت أجزاؤها بالطحن وانتشرت . فتأخُذ من المـكيال مكاناً كبيراً . والحِنْطَةُ تأخُذ مكاناً صغيراً ، والوزن يُسَوِّى بينهما . وبهذا قال إسحاق .

ولنا : أن بيع الحنطة بالدقيق بيعٌ للحنطة بجنسها متفاضلاً ، فحَرُم ، كبيع مكيلة بمـكيلتين . وذلك لأن الطحن قد فرّق أجزاءها . فيحصُل فى مكيالها دون ما يحصُل فى مكيال الحِنطةِ . وإن لم يتحقّق التفاضُل فقد جُهِل التماثلُ . والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل فيما يُشترط التماثل فيه . ولذلك لم يجُز بيعُ بعضها ببعض جِزافاً ، وتساويهما فى الوزن لا يلزمُ منه التساوى فى الـكيل . والحِنْطَةُ ، والدقيق مكيلان ، لأن الأصل الـكيل ، ولم يوجد ما ينقُل عنه ، ولأن الدقيق يُشبه المـكيلات . فـكان مكيلاً كالحنطة . ثم لو كان موزوناً لم يتحقّق التساوى بين المـكيل ، والموزون . لأن المـكيل لا يقدّر بالوزن ، كما لا يقدّر الموزون بالـكيل .

٢٨٢٣ (فصل) فأمّا بيع بعض فروعها ببعض . فيجوز بيع كلّ واحد من الدقيق والسّويق بنوعه متساوياً . وبه قال أبو حنيفة ، والمشهور عن الشافعىّ : المنع من ذلك . لأنه يُعتبر تساويهما حالةَ الـكمال . وهو حال كونها حنطة . وقد فات ذلك ، لأن أحد الدقيقين قد يكون من حنطة رَزِينَةٍ ، والآخرُ من حنطة خَفِيفَةٍ ، فيستويان دقيقاً ، ولا يستويان حِنْطةً .

ولنا : أنهما تساويا حال العقد على وجهٍ لا ينفرد أحدُهما بالنقصان ، فجاز ، كبيع التمر بالتمر .

إذا ثبت هذا : فإنما يُباع بعضُه ببعض كيلاً . لأن الحنطة مكيلةٌ ، ولم يوجد فى الدقيق ، والسويق ما ينقلهما عن ذلك . ويُشترط أن يتساويا فى النُّعومة . ذكره أبو بكر ، وغيره من أصحابنا . وهو مذهبُ أبى حنيفة . لأنهما إذا تفاوتا فى النعومة تفاوتا فى ثانى الحال . فيصيرُ كبيع الحنطة بالدقيق . وذكر القاضى أن الدقيق يُباع بالدقيق وزناً ، ولا وجه له . وقد سلّم فى السويق أنه يُباع بالكيل والدقيق مثله . فأما بيع الدقيق بالسويق فالصحيح : أنه لا يجوز . وهو مذهب الشافعىّ . ورُوى عن أحمد : أنه يجوز . لأن كلّ واحدٍ منهما أجزاءُ حِنْطةٍ ليس معه غيره[1] فأشبه الدقيق بالدقيق ، والسويق بالسويق .

ولنا أن النار قد أخذت من أحدهما فلم يجزْ بيعُ بعضه ببعض ، كالمقليّة بالنّيّئةِ ، ورُوى عن مالك ، وأبى يوسف ، ومحمد ، وأبى ثور : أنه لا بأس ببيع الدقيق بالسويق متفاضلاً لأنهما جنسان .

ولنا : أنهما أجزاءُ جنسٍ واحدٍ . فلم يجُز التفاضلُ بينهما ، كالدقيق مع الدقيق ، والسويق بالسويق .

٢٨٢٤ (فصل) فأما ما فيه غيره كالخبز وغيره فهو نوعان :

أحدهما : أن يكون ما فيه من غيره غير مقصود فى نفسه ، إنّما جُعل فيه لمصلحته كالخبز والنشاء . فيجوز بيع كلّ واحد منهما بنوعه إذا تساويا فى النشافة ، والرطوبة ويُعتبر التساوى فى الوزن . لأنه يقدر به فى العادة ، ولا يمكن كيلُه . وقال مالك : إذا تحرّى أن يكون مثلاً بمثل ، فلا بأس به . وإن لم يُوزَن به ، قال الأوزاعىّ ، وأبو ثور . وحُكى عن أبى حنيفة : لا بأس به قُرْصاً بقُرْصَيْنِ ، وقال الشافعىّ : لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال ، إلا أنْ ييبس ويُدَقّ دقًّا ناعماً ، ويُباع بالكيل . ففيه قولان . لأنه مكيل يجب التساوى فيه ، ولا يمكن كيلُه ، فتعذّرت المساواة فيه ، ولأنّ فى كلّ واحد منهما من غير جنسِهِ . فلم يجزْ بيعُه بِهِ كالمغشوش من الذهب والفضة ، وغيرهما .

ولنا : على وجوب التساوى أنه مطعوم موزون . فحُرِّم التفاضل فيهما كاللحم واللّبَن . ومتى وجب التساوى وجبت معرفةُ حقيقةِ التساوى فى المعيار الشرعىّ ، كالحنطة بالحنطة ، والدقيق بالدقيق .

ولنا على الشافعىّ : أن مُعظم نفعه فى حال رُطوبته . فجاز بيعُهُ به ، كاللّبن باللّبن . ولا يمتنع أن يكون موزوناً أصلُه غير موزون ، كاللحم والأدهان . ولا يجوز بيع الرُّطب باليابس ، لانفراد أحدهما بالنقص فى ثانى الحال . فأشبه الرُّطَبَ بالتمر . ولا يمنع زيادة أخذ النار من أحدهما أكثرَ من الآخر حال رطوبتهما ، إذا لم يكثُر . لأن ذلك يسيرٌ ، ولا يمكن التحرّز منه . أشبه بيع الحديثة بالعَتيقةِ . ولا يلزمُ مافيه من الملح ، والماء . لأن ذلك ليس بمقصود فيه ، ويُراد لمصلحته . فهو كالملح فى الشَّيْرَج وإن ييبس

(١) السويق ليس دقيقاً فقط ، وإنما هو دقيق مخلوط بسمن أو بماء ، فيكون مخالفاً للدقيق الصافى .

الخبزَ فدَقَّ وجُعِلَ فَتيتاً بيعَ بمثلِه كيلاً . لأنه أمكن كيلُه فردّ إلى أصله ، وقال ابن عقيل . فيه وجه آخر : أنه يُباع بالوزن . لأنه انتقل إليه .

النوع الثانى : ما فيه غيرُه مما هو مقصود كالهَرِيسَةِ والخَزِيرَةِ[1] ، والفَالُوذَج ، وخبز الأبازير ، والخُشْكَنَانَج ، والسَّنْبُوسَك ، ونحوه . فلا يجوز بيع بعضِهِ ببعض ، ولاَ بيع نوع بنوع آخر . لأن كلّ واحد منهما يشتملُ على ما ليس من جنسه . وهو مقصود كاللحم فى الهَرِيسَة ، والعسل فى الفالوذج ، والماء والدُّهن فى الخَزِيرَةِ . ويَكثُر التفاوت فى ذلك . فلا يتحقّق التماثل فيه . وإذا لم يمكن التماثلُ فى النوع الواحد ففى النوعين أولى .

٢٨٢٥ (فصل) والحكم فى الشعير وسائر الحبوب كالحكم فى الحنطة . ويجوز بيع الحنطة ، والمصنوع منها بغيرها من الحبوب ، والمصنوع منها. لعدم اشتراط المماثلة بينهما . والله أعلم.

« مسألة » قال ﴿ وسائر اللُّحمان جنس واحد ﴾

أراد جميع اللحم ، وجمعه — وهو اسمُ جنس — لاختلاف أنواعه ، ظاهر كلام الخِرقىّ : أن اللحم كلّه جنس واحد . وذكره أبو الخطّاب ، وابن عقيل ، روايةً عن أحمد : وهو قول أبى ثور ، وأحد قولىَ الشافعىّ . وأنكر القاضى أبو يَعْلَى كون هذا روايةً عن أحمد . وقال : الأنعامُ والوُحُوش والطيرُ ودوابّ الماء أجناسٌ يجوز التفاضُل فيها روايةً واحدةً . وإنما فى اللحم روايتان .

إحداهما : أنه أربعة أجناس كما ذكرنا . وهو مذهب مالك ، إلا أنه يجعل الأنعام والوحش جنساً واحداً . فيكون عنده ثلاثة أصناف .

والثانية : أنه أجناس باختلاف أصوله ، وهو قول أبى حنيفة ، وأحد قولى الشافعىّ . وهى أصحّ . لأنها فروع أصول هى أجناس. فكانت أجناساً ، كالأدِقَّةِ ، والأخباز . وهذا اختيار ابن عقيل. واختيارَ القاضى : أنّها أربعةُ أجناس . وحمل كلام الخرقىّ عليها . واحتجّ بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعةُ بها . والقصد إلى أكلها . فكانت أجناساً . وهذا ضعيف جداً . لأن كونها أجناساً لا يوجب حصرها فى أربعة أجناس . ولا نظير لهذا ، فيقاس عليه . ولا يصحّ حملُ كلام الخِرقىّ عليه ، لعدم احتمال لفظه له ، وتصريحِهِ فى الأيمان بأنه إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل من لحم الأنعام أو الطائر أو السمك حنث . فيتعيَّن حملَ كلامه على عمومه فى أن جميع اللحم جنس . لأنه اشترك فى الاسم الواحد حالَ حدوث الرّبا فيه . فكان جنساً واحداً كالطلع ، والصحيح : أنه أجناس باختلاف أصوله . وهذا الدليل ينتقض بالتمر الهندىّ ، والتمر

(١) الخزيرة : عصيدة أو مرقة من بلالة النخالة والفالوذج نوع من الحلوى وباقى الأصناف كلها مأخوذة من الحنطة .

البَرْنِىّ ، وعسل القصب ، وعسل النحل ، وغير ذلك . فعلى هــذا : لحمُ الإبل كلُّه صنف بَخاتيُّها[١] وعِرَابُها ، والبقر عِرَابُها[٢] ، وجواميسها صنف ، والغنم ضأنها ومعزها صنف . ويحتمل أن يكونا صنفين . لأن الله تعالى سمّاها فى الأزواج الثمانية فقال (٦ : ١٤٣ ثَمَانِيَةَ أَزْوَاجٍ مِنَ الضَّأْنِ اثْنَيْنِ وَمِنَ المَعْزِ اثْنَيْنِ) ففرق بينهما ، كما فرق بين الإبل ، والبقر . فقال (٦ : ١٤٤ وَمِنَ الإِبِلِ اثْنَيْنِ وَمِنَ البَقَرِ اثْنَيْنِ) والوحش أصناف : بقرُها صنف ، وغَنَمُها صنف ، وظباؤها صنف ، وكلّ ماله اسم يخصّه فهو صنف . والطيور أصناف . كل ما انفرد باسم ، وصفةٍ فهو صنف . فيُباع لحم صنف بلحم صنف آخرَ متفاضلاً ومتماثلاً . ويُباع بصفةٍ متماثلاً ومن جعلها صنفاً واحداً لم يجُز عنده بيعُ لحمٍ بلحمٍ إلا متماثلاً .

٢٨٣٦ «مسألة» قال ﴿ لا يجوز بيع بعضه ببعض رَطْباً . ويجوز إذا تناهى جفافهُ مِثْلاً بِمِثْلٍ ﴾

اختار الخِرقىّ أنه لا يُباع بعضه ببعض إلا فى حال جفافه ، وذهاب رطوبته كلّها . وهو مذهب الشافعىّ . وذهب أبو حفص فى شرحه إلى هذا . قال القاضى والمذهب جواز بيعه . ونصّ عليه . وقوله فى الرُّطَبِ بالرُّطَبِ بجواز البيع ينبّه على إباحة بيع اللحم باللحم من حيثُ كان اللحمُ حال كماله ، ومعظم نفعه فى حال رُطوبته دون حال يُبْسه . فجرى مجرى اللبن ، بخلاف الرّطب . فإن حال كماله ومُعظَم نفعه فى حال يُبْسه . فإذا جاز فيه البيعُ ففى اللحم أولى ، ولأنه وُجد التماثلُ فيهما فى الحال على وجه لا ينفرد أحدُهما بالنقص . فجاز ، كبيع اللّبن باللّبن . فأما بيعُ رَطْبِه بيابسهِ ، أو نِيئِه بِمَطْبُوخِهِ ، أو مَشْوِيّه فغيرُ جائز ، لانفراد أحدهما بالنقص فى الثانى ، فلم يجز ، كالرُّطبَ بالتمر .

٢٨٣٧ (فصل) قال القاضى:ولا يجوز بيع بعضه ببعض إلا منزوعَ العِظام، كما لا يجوز بيعُ العسل بالعسل إلا بعد التصفية . وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، وكلام أحمد رحمه الله يقتضى الإباحةَ من غير نزع عظامه ، ولا جَفَافِهِ ، قال فى رواية حنبل : إذا صار إلى الوزن مِثْلاً بِمِثْلٍ رِطْلاً بِرِطْلٍ ، فأطلق ، ولم يشترط شيئاً . وذلك لأن العظم تابعٌ للحم بأصل الخِلقة ، فلم يُشترط نزعه ، كالنوى فى التمر . وفارق العسلَ من حيثُ إنّ اختلاط الشَّمْع بالعسل من فِعْل النحل ، لا من أصل الخِلْقَةِ .

٢٨٢٨ (فصل) واللحم والشحم جنسان ، والكبدُ صنف ، والطِّحالُ صنف ، والقلب صنف ، والمخّ صنف . ويجوز بيع كلّ صنف بصنفٍ آخَر مُتَفَاضِلاً ، وقال القاضى : لا يجوز بيعُ اللّحم بالشَّحْم .

---

(١) البخاتى : جمع بختى أو بختية ، بضم الباء وهى الجمال الخراسانية ، وحجمها أكبر من حجم العراب وهى الجمال العربية .

(٢) العراب : البقر ، لأنها التى كانت موجودة بكثرة فى بلاد العرب .

وكره مالك ذلك ، إلا أن يتماثلا ، وظاهر المذهب : إباحةُ البيع فيهما متماثلاً ومُتفاضِلاً ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، لأنهما جنسان . فجاز التفاضلُ فيهما كالذهب والفضّة . وإن مُنع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصحّ . لأن الشحم لا يظهَرُ ، وإن كان فيه شىء فهو غيرُ مقصود . فلاَ يَمنَعُ البيع ، ولو منع لذلك لم يجُز بيعُ لحمٍ بلحمٍ ، لاشتمال كلّ واحد منهما على ماليس من جنسه . ثم لا يصحّ هذا عند القاضى : لأن السَّمِين الذى يكون مع اللحم لحمٌ عنده ، فلا يتصوّر اشتمال اللحم على الشحم .

وذكر القاضى أن اللحم الأبيض الذى على ظاهر اللحم الأحمر هو والأحمرُ جنسٌ واحدٌ ، وأنّ الالْيةَ والشَّحْم جِنْسَانِ ، وظاهر كلام الخِرَقىّ خلاف هذا ، لقوله : إن اللحم لا يخلو من شحم ، ولو لم يكن هذا شحماً لم يختلط لحمٌ بشَحْمٍ ، فعلى قوله كلُّ أبيضَ فى الحيوان يذوب بالأذابة ، ويَصيرُ دُهْناً فهو جنسٌ واحد ، وهذا أصحّ ، لقوله تعالى : (٦ : ١٤٦ حرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إلاَّ مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا) فاستثنى ما حملت الظهورُ . من الشحم ، ولأنه يُشبه الشحم فى ذَوْبه ، ولونِه ، ومَقْصده . فكان شحما كالذى فى البطن .

٢٨٢٩ (فصل) وفى اللبن روايتان : إحداهما : هو جنس واحدٌ ، لما ذكرنا فى اللحم . والثانية : هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم . وهذا مذهب الشافعىّ . وبه قال مالك : لأن الأنعام كلّها جنس واحد . وقال ابن عقيل : لبنُ البقر الأهليّة ، والوحشيّة جنس واحد ، على الروايات كلّها . لأن اسم البقر يشمُلهما . وليس بصحيح . لأن لحمهما جنسان . فكان لبنهما جنسين . كالإبل ، والبقر . ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلاً ، وكيف شاء يداً بِيَدٍ ، وبجنسه مُتماثلاً كيلاً ، قال القاضى : هو مَكيل ، لا يُباع إلا بالكيل . لأنه العادة فيه . ولافرق بين أن يكونا حَلِيبَيْن ، أو حامضَيْن ، أو أحدهما حليبٌ والآخرُ حامض . لأن تغيير الصفة لايمنع جواز البيع ، كالجَوْدَةِ والرّداءةِ . وإن شيب أحدُهما بماء ، أو غيره لم يجز بيعُه بخالص ، ولا بمشوب من جنسه . لأن معه من غير جنسه ، لغير مصلحته .

٢٨٣٠ (فصل) ويتفرّع من اللبن قسمان : ما ليس فيه غيره كالزُّبْد ، والسمن ، والمَخِيض ، واللّبأ[1] ، وما فيه غيرُه . وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن . لأنه مُستخرَج من اللبن . فلم يجز بيعه بأصله الذى فيه منه ، كالحيوان باللحم ، والسمسم بالشَّيْرج . وهذا مذهب الشافعىّ . وعن أحمد : أنه يجوز بيع اللبن بالزُّبْدِ إذا كان الزُّبْدُ المنفرد أكثرَ من الزّبد الذى فى اللبن ، وهذا يقتضى جوازَ بيعه به مُتفاضلاً ، ومنعَ جوازه متماثلاً ، قال القاضى : وهذه الرواية لا تخرَّج على المذهب ، لأنّ الشيئين إذا دخلهما الربا لم يجز بيع أحدهما بالآخر ومعه من غير جنسه ، كَمُدّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدَّيْنِ ، والصحيح : أن هذه الرواية

(١) اللبأ : أول اللبن .

دالّة على جواز البيع فى مسألة مُدّ عَجْوة . وكونها مخالفة لروايات أُخَر لا يمنع كونهَا رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها . لكنها مخالفة لظاهر المذهب . والحكم فى السمن كالحكم فى الزبد ، وأما اللبن بالمَخِيض الذى فيه زبده فلا يجوز . نصّ عليه أحمد . فقال : اللبن بالمخيض لا خَيْر فيه . ويتخرّج الجواز كالتى قبلها ، وأما اللبن باللبأ ، فإن كان قبل أن تمسّه النارُ جاز مُتماثلاً . لأنه لبن بلبن . وإن مسّته النار لم يجُز ، وذكر القاضى وجهاً : أنه يجوز . وليس بصحيح . لأن النار عقدت أجزاء أحدهما ، وذهبت ببعض رُطُوبته . فلم يجُز بيعُه بما لم تمسّه النار ، كالخُبز بالعجين ، والمقليّة بالنيِّئة . وهذا مذهب الشافعىّ . وأما بيع النوع من فروع اللبن بنوعه فما فيه خَلْطٌ من غير اللبن كالكشْك ، والكامخ[1] ونحوهما لا يجوز بيعه بنوعه ولا بغيره . لأنه مختلط بغيره . فهو كمسألة مُدّ عَجْوة ، وما ليس فيه غيرُه ، أو فيه غيره إلاّ أنّ ذلك الغيرَ لمصلحته ، فيجوزُ بيعُ كلّ نوع منه بَعضِه ببعض ، إذا تساويا فى النَّشَافةِ والرُّطوبةِ . فيبيع المَخِيض بالمَخِيض ، واللبأ باللبأ ، والجبن بالجبن ، والمَصْل بالمَصْل ، والأَقِطَ بالأَقِط ، والزُّبْد بالزُّبد ، والسمنَ بالسمن ، متساوياً ، ويُعتبر التساوى بين الأقط بالأقط بالكيل . لأنّه تُقدّر بالصاع فى صدقة الفطر . وهو يُشبه المكيلات . وكذلك المصلُ والمَخِيضُ ، ويُباع الخبز بالخُبز بالوزن ، لأنه موزون ، ولا يمكن كيلُه ، فأشبه الخبز[2] وكذلك الزبد والسمن. ويتخرّج أن يُباع السمن بالكيل . ولا يُباع ناشف من ذلك برَطْب ، كما لا يباع الرُّطَبُ بالتَّمر ، ويحتمل كلام الخِرَقىّ أن لا يُباع رَطْبٌ من ذلك برَطْبٍ كاللحم . وأما بيعُ ما نُزِع من اللبن بنوع آخر ، كالزبد والسمن والمخيض . فظاهرُ المذهب : أنهّ يجوزُ بيع الزبد والسمن بالمَخِيض مُتماثلاً ومُتفاضلاً . لأنهما جنسان . وذلك لأنهما شيئان من أصل واحد ، أشبها اللحم بالشحم . وممّن أجاز بيع الزبد بالمَخِيض : الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق . ولأن اللبن الذى فى الزبد غيرُ مقصود ، وهو يسيرٌ . فأشبه المِلْحَ فى الشَّيْرج . وبيع السمن بالمخيض أولى بالجواز ، لخُلوِّ السمن من المَخِيض . ولا يجوز بيع الزبد بالسمن . لأن فى الزبد لبناً يسيراً ، ولا شىء فى السمن ، فيختلّ التماثل . ولأنه مستخرج من الزبد ، فلم يجز بيعُه به ، كالزيتون بالزيت . وهذا مذهب الشافعىّ . وقال القاضى : عندى يجوز . لأن اللبن فى الزبد غير مقصود ، فوجوده كعدمه . ولذلك جاز بيعه بالمخيض وبزُبْد مِثْلِه . وهذا لا يصحّ ، لأنّ التماثل واجب بينهما . وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يُخلّ بالتماثل ، فلم يَجُز بيعه به ، كتمر منزوع النوى بتمر فيه نواه . ولأن أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد فى الآخر . فأشبه الرُّطَب بالتمر ، والعنب بالزبيب ، وكلّ

(١) الكامخ : نوع من أنواع الإدام معروف .
(٢) كذا فى الأصل .

رَطْبٍ بيابس من جنْسهِ . ولا يجوزُ بيعُ شيء من الزبد والسمن والمخيض بشيء من أنواع اللبن ، كالجبن واللِّبأ ونحوهما . لأنّ هذه الأنواع لمْ ينتزع منها شيء . فيكون حكمها حكم اللبن الذى فيه زبده . فلم يجُز بيعها بها ، كبيع اللبن بها . وأما بيع الجُبن بالأقِط ، فلا يجوز مع رُطوبتهما ، أو رُطوبة أحدهما ، كما لا يجوز بَيْعُ الرُّطَبِ بالتمرّ . وإن كانا يابسين احتمل أن لا يجوز أيضاً . لأن الجبن موزون ، والأقط مَكيلٌ . فلم يجُز بيع أحدهما بالآخر ، كالخُبز بالدقيق . ويحتمل الجوازَ إذا تماثلا ، كبيع بالخُبز .

٢٨٣١ « مسألة » قال ﴿ ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان ﴾

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه . وهو مذهب مالك ، والشافعيّ ،وقول فقهاء المدينة السبعة . وحُكى عن مالك : أنه لا يجوز بيعُ اللحم بحيوان مُعَدّ للحم . ويجوز بغيره ، وقال أبو حنيفة : يجوز مُطلقاً . لأنه باع مال الربا بما لا ربا فيه . أشبه بيع اللحم بالدراهم ، أو بلحم من غير جنسه .

ولنا : ما رُوى أن النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ » رواه مالك فى الموطّأ ، عن زيد بن أسلم ، عن سعيد بن المسيّب ، عن النبى ، صلى الله عليه وسلم ، قال ابن عبد البرّ : هذا أحسنُ أسانيده . ورُوى عن النبىّ صلىّ الله عليه وسلم « أَنَّهُ نَهَى أَنْ يُبَاعَ حَيٌّ بِمَيْتٍ » ذكره الامام أحمد ، ورُوى عن ابن عباس « أن جَزُوراً نُحِرتْ ، فجاء رَجُلٌ بِعَنَاقٍ[1] فقال : أعْطُونِي جُزْءاً بِهذَا الْعَنَاقِ . فَقَالَ أبو بكر : لاَ يَصْلُحُ هَذَا » قال الشافعيّ : لا أعلم مُخالفاً لأبى بكر فى ذلك ، وقال أبو الزناد : وكلُّ مَنْ أدركتُ يَنْهَى عن بيع اللحم بالحيوان ، ولأنّ اللحم نوعٌ فيه الربا بيعَ بأصله الذى فيه منه . فلم يجُز ، كبيع السمسم بالشيرج ، وبهذا فارق ماقاسوا عليه ، وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه ، فظاهر كلام أحمد والخِرَقىّ : أنه لا يجوز . فان أحمد سُئل عن بيع الشاة باللحم ؟ فقال : لا يصحّ . لأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى أَنْ يُبَاعَ حَيٌّ بِمَيْتٍ » واختار القاضى جوازَه ، وللشافعىّ فيه قولان . واحتجّ من منعه بعُموم الأخبار ، وبأن اللّحم كلّه جنسٌ واحد . ومن أجازه قال : مالُ الربا بيع بغير أصله ، ولا جنسه . فجاز ، كما لو باعه بالأثمان . وإن باعه بحيوانٍ غيرِ مأكول اللحم جاز فى ظاهر قول أصحابنا . وهو قول عامّة الفقهاء .

٢٨٣٢ (فصل) ولا يجوز بيع شيء من مال الرّبا بأصله الذى فيه منه، كالسمسم بالشيرج ، والزيتون بالزيت،وسائر الأدهان بأصولها،والعصير بأصله، كعصير العنب،والرّمان،والتفّاح،والسفرْجَلِ،وقصب السكر، لا يباع شيء منها بأصله . وبه قال الشافعىّ وابن المنذر . وقال أبو ثور : يجوز. لأن الأصل مختلفٌ ،والمعنى

(١) العناق : بفتح العين أنثى المعز

مختلف . وقال أبو حنيفة : يجوز إذا علم يقيناً أنّ ما فى الأصل من الدُّهن والمصير أقلّ من المنفرد ، وإن لم يعلم لم يجز .

ولنا : أنه مالُ رِباً بيع بأصله الذى فيه منه . فلم يجز ، كبيع اللحم بالحيوان . وقد أثبتنا ذلك بالنصّ .

٢٨٣٣ (فصل) فأما بيع شىء من هذه المُعتصَرات بجنسه فيجوز مُتماثلاً . ويجوز بيعه بغير جنسه متفاضلاً ، وكيف شاء ، لأنهما جنسان . ويُعتبر التساوى فيهما بالكيل ، لأنه يقدَّر به ، ويُباع به عادةً ، وهذا مذهب الشافعىّ ، وسواء كانا مطبوخين أو نِيئَيْن ، وقال أصحاب الشافعىّ : لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه. لأن النار تعقد أجزاءهما ، فيختلف ، ويُؤَدِّى إلى التفاضل .

ولنا : أنهما متساويان فى الحال على وجهٍ لا ينفرد أحدُهما بالنقص . فأشبه النِّىء بالنِّىء . فأمّا بيع النِّىء بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز ، لأن أحدهما ينفرد بالنقص فى ثانى الحال ، فلم يجز بيعُه به ، كالرُّطب بالتمر . وإن باع عصير شىء من ذلك بثُفْله . فإن كانت فيه بقيّة من المُستخرَج منه لم يجز بيعُه به . فلا يجوز بيع الشيرج بالكُسْب ، ولا الزّيت بثُفْله الذى فيه بقيّة من الزيت ، إلاّ على الرواية التى يجوز فيها مسألة مُدّ عَجْوة . فإن لم يبق فيه شىء من عصيره جاز بيعُه به ، متفاضلاً ومتماثلا. لأنهما جنسان .

٢٨٣٤ (فصل) وإن باع شيئاً فيه الرّبا بعضَه ببعضٍ ، ومعهما ، أو مع أحدهما من غير جنسه ، كمدّ ودرهم بمدّ ودرهم ، أو بمدَّيْن ، أو بدرهمين ، أو باعَ شيئاً مُحَلًّى بجنسِ حِليتِهِ فهذه المسألة تسمّى « مَسْألَةَ مدّ عَجْوةٍ » والمذهب أنه لا يجوز ذلك . نصّ على ذلك أحمد فى مواضع كثيرة ، وذكره قدماء الأصحاب . قال ابن أبى موسى فى السيف المُحلّى ، والمِنْطَقةِ ، والمَراكِب[1] المُحلاّة بجنس ما عليها : لا يجوز قولاً واحداً . ورُوى هذا عن سالم بن عبد الله ، والقاسم بن محمد ، وشُرَيح ، وابن سيرين ، وبه قال الشافعىّ ، وإسحاق وأبو ثور ، وعن أحمد روايةٌ أخرى تدلّ على أنه يجوز ، بشرط أن يكون المفرد أكثرَ من الذى معه غيرُه ، أو يكون مع كلّ واحدٍ منهما من غير جنسه ، فإن مهنا نقل عن أحمد فى بيع الزُّبد باللبن : يجوز إذا كان الزُّبد المنفرد أكثرَ من الزبد الذى فى اللبن . وروى حرب ، قال : قلت لأحمد : دفعتُ ديناراً كوفياً ودرْهَماً ، وأخذتُ ديناراً شاميًا وزنُهما سواء ، لكن الكوفىّ أوضَعُ[2] ؟ قال : لا يجوز ، إلا أن ينقُص الدينار . فيُعطيه بحسابه فِضّةً . وكذلك روى عنه محمد بن أبى حرب ، الجُرْجرائِىّ . وروى الميمونىّ أنه سأله : لا يَشْتَرى السيفَ والمِنْطَقَةَ حتّى يَفْصِلها ؟ فقال : لا يشتريها حتى يَفْصِلَها ، إلاّ أنّ هذا أهونُ من ذلك . لأنه قد يَشترى أحد النوعين بالآخر يَفْصِلُه . وفيه غيرُ النوع الذى

---

(١) المراكب جمع مركوب ، وهو ما يركبه الانسان من الدواب وغيرها .

(٢) أوضع : أقل قيمة .

يشترى به . فإذا كان من فضل الثمن ، إلاّ أنّ من ذهب إلى ظاهر القلادة لا يشتريه حتى يفصله . قيل له : فما تقول أنت ؟ قال : هذا موضعُ نظر ، وقال أبو داود : سمعتُ أحمدَ سئل عن الدراهم المسيّبيّة بعضُها صُفْرٌ ، وبعضها فضّة بالدراهم[1] ؟ قال : لا أقول فيه شيئاً ، قال أبو بكر : روى هذه المسألة عن أبى عبد الله خمسةَ عَشَر نفساً . كلّهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يَفصِل ، إلاّ الميمونىّ . ونقل مهنا كلاماً آخرَ . وقال حمّاد بن أبى سليمان ، وأبو حنيفه : يجوز هذا كلّه ، إذا كان المفرد أكثرَ من الذى معه غيرُه ، أو كان مع كلّ واحد منهما من غير جنسه . وقال الحسن : لا بأس ببيع السيف المحلّى بالفضة بالدّراهم . وبه قال الشعبىّ ، والنخعى . واحتجّ من أجاز ذلك بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة لم يُحمل على الفساد . لأنه لو اشترى لحماً من قصّاب جاز مع احتمال كونه مَيْتَةً . ولكن وجب حمله على أنه مُذَكًّى تصحيحاً للعقد . ولو اشترى من إنسان شيئاً جاز مع احتمال كونه غيرَ ملكه ، ولا إذن له فى بيعه ، تصحيحاً للعقد أيضاً . وقد أمكن التصحيحُ ههنا بجعل الجنس فى مقابلة غير الجنس ، أو جعل غير الجنس فى مقابلة الزائد على المثل .

ولنا : ما روَى فضالة بن عُبَيْد قال « أُتِيَ النبيُّ صَلّى اللهُ عليه وسلم بِقَلادةٍ فيها ذهبٌ وخرز ابتاعها رجلٌ بتسعة دنانير ، أو سبعة دنانير . فقال النبىّ صلىّ الله عليه وسلم : لا ، حتّى تُمَيِّزَ بينَهُما ، قال : فردّه حتّى مَيّز بَيْنَهُماَ » رواه أبو داود ، وفى لفظ رواه مسلم قال « فأَمَرَ رَسُولُ اللهِ صَلىَ اللهُ عَلَيْه وسَلّم بالذّهَبِ الذى فى القِلاَدة فَنُزِعَ وَحدَهُ ، ثم قَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللهِ صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم : الذّهَبُ بالذّهَب وَزْناً بوَزْنٍ » ولأن العقد إذا جمع عِوَضين مختلفَيِ الجنس وجب أن ينقسم أحدُهما على الآخر على قدر قيمة الآخر فى نفسه . فإذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العِوَض .

بيانه : أنه إذا اشترى عبدين قيمةُ أحدهما مثلَ نصف قيمةِ الآخر بعَشَرةٍ كان ثمن أحدهما ثُلثَيْ العَشَرةِ ، والآخرُ ثلثُها . فلو ردّ أحدهما بعيب ردّه بقسطه من الثمن . ولذلك إذا اشترى شِقْصاً[2] ، وسَيْفاً بثمنٍ أخذ الشفيع الشقْصَ بقِسطِهِ من الثمن ، فإذا فعلنا هذا فيمن باع درهما ومدّاً قيمتهُ درهمان بمدّين قيمتهما ثلاثةٌ حصل الدرهمُ فى مقابلة ثلثى مُدّ ، والمدّ الذى مع الدرهم فى مقابلة مدّ وثلث . فهذا إذا تفاوتت القِيمُ ، ومع التساوى يُجْهَلُ ذلك . لأن التقويم ظنّ ، وتخمين ، والجهلُ بالتساوى كالعلم بعدمه فى باب الربا ، ولذلك لم يجز بيعُ صُبْرةٍ بصُبْرةٍ بالظنّ والخَرْصِ ، وقولهم : يجب تصحيح العقد . ليس كذلك ، بل يُحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد . ولذلك لو باع بثمن ، وأطلق ، وفى البلاد نقود بَطل ، ولم يُحمل على نقدِ أقرب البلاد إليه .

---

(١) بالدراهم : أى التى كلها فضة :

(٢) الشقص : الجزء من العقار او الأرض او العبد او غير ذلك .

أما إذا اشترى من إنسان شيئاً فانه يصح . لأن الظاهر أنه ملكه ، لأن اليد دليل الملك . وإذا باع لحماً فالظاهر أنه مذكى . لأن المسلم فى الظاهر لا يبيع الميتة .

٢٨٣٥ (فصل) فأما إن باع نوعين مختلفى القيمة من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس ، كدينار مغربى ودينار سابورى بدينارين مغربيين ، أو دينار صحيح ، ودينار قراضة بدينارين صحيحين ، أو قراضتين، أو حنطة حمراء وسمراء ببيضاء،أو تمرا برنيا ومعقليا بابرحيمى . فإنه يصح .قال أبو بكر : وأومأ إليه أحمد ، واختار القاضى أبو يعلى أن الحكم فيها كالتى قبلها . وهو مذهب مالك ، والشافعى . لأن العقد يقتضى انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه فى قيمته ، كما ذكرنا . وروى عن أحمد منع ذلك فى النقد ، وتجويزه فى الثمن. نقله أحمد بن القاسم . لأن الأنواع فى غير الأثمان يكثر اختلاطها ، ويشق تمييزها ، فعفى عنها بخلاف الأثمان .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل » الحديث، وهذا يدل على إباحة البيع عند وجود المماثلة المراعية[1] وهى المماثلة فى الموزون وزنا ، وفى المكيل كيلا ولأن الجودة ساقطة فى باب الربويات فيما قوبل بجنسه فيما لو اتحد النوع فى كل واحد من الطرفين ، فكذلك إذا اختلفا. واختلاف القيمة ينبنى على الجودة ، والرداءة. لأنه باع ذهباً بذهب ، متساوياً فى الوزن فصح ، كما لو اتفق النوع . وإنما يقسم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين ، أو فى غير الربويات ، بدليل مالو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد وردىء .

٢٨٣٦ (فصل) وإن باع مافيه الربا بغير جنسه ومعه من جنس ما بيع به إلا أنه غير مقصود . كدار مموه سقفها بالذهب جاز ، لا أعلم فيه خلافاً . وكذلك لو باع داراً بدار مموه سقف كل واحدة منهما بذهب ، أو فضة جاز . لأن مافيه الربا غير مقصود بالبيع . فوجوده كعدمه . كذلك لو اشترى عبداً له مال فاشترط ماله وهو من جنس الثمن ، جاز إذا كان المال غير مقصود ، ولو اشترى عبداً بعبد ، واشترط كل واحد منهما مال العبد الذى اشتراه جاز ، إذا لم يكن ماله مقصوداً . لأنه غير مقصود بالبيع ،فأشبه التمويه فى السقف . ولذلك لا تشترط رؤيته فى صحة البيع،ولا لزومه . وإن باع شاة ذات لبن ، بلبن ، أو عليها صوف بصوف ، أو باع لبونا بلبون[2] ، وذات صوف بمثلها . ففيه وجهان :

أحدهما : الجواز . اختاره ابن حامد . وهو قول أبى حنيفة ، وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة . لأن مافيه الربا غير مقصود ، فلم يمنع ، كالدار المموه سقفها .

---

(١) هكذا فى الأصل، وصحتها المراعاة، لأن الياء المتحركة المفتوح ماقبلها تقلب الفا كالمساقاة ، والمقاضاة،ونحو ذلك

(٨) لبون : ذات لبن .

والثانى : المنعُ . وهو مذهب الشافعىّ . لأنه باع مالَ الرّبا بأصله الذى فيه منه : أشبه الحيوان باللّحم: والفرق بينهما : أن اللحم فى الحيوان مقصُودٌ ، بخلاف اللبن . ولو كانت الشاةُ محلُوبةَ اللبن جاز بيعُها بمثلها ، وباللبن ، وجهاً واحداً . لأن اللبن لا أثر لهُ ، ولا يقابله شىء من الثمن . فأشبه الملح فى الشيرج ، والُخبْزَ ، والُجبْنَ وحبَّات الشعير فى الِحنْطَةِ . ولا نَعْلَم فيه أيضاً خلافاً : وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكلّ حال .

ولو باع نخلةً عليها تمرٌ ، بتمرٍ ، أو بنخلةٍ عليها تمر . ففيه أيضاً وجهان :

أحدهما : الجواز . اختاره أبو بكر لأن التمر غير مقصود بالبيع .

والثانى : لا يجوز . ووجه الوجهين : ما ذكرناه فى المسألة قبلها . واختار القاضى أنّه لا يجوز . وفرق بينها و بين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصحّ إفرادها بالبيع وهى معلومة ، بخلاف اللبن فى الشاة . وهذا بالفرق غيرُ مؤثّر . فإنّ مايمنع إذا جاز إفرادُه يمنع وإن لم يجز إفرادُه ، كالسيف المحلّى يُباع بجنس حِلْيَتِهِ ، وما لا يمنع لا يمنع ، وإن جاز إفرادُه كمالِ العبد .

٢٨٣٧ (فصل) وإن باع جنسا فيه الربا بجنسه ، ومع كلّ واحد من غير جنسه غيرُ مقصود . فذلك ينقسم أقساماً .

أحدها : أن يكون غيرُ المقصود يسيراً . لا يؤثّر فى كيل ، ولا وزن . كالملح فيما يعمل فيه ، وحبّات الشعير فى الِحنْطَة . فلا يمنع . لأنه يسيرٌ لا يُخِلّ بالتماثل . وكذلك لو وجد فى أحدهما دون الآخر لم يمنع ، لذلك ، ولو باع ذلك بجنسِ غير المقصود الذى معه ، مثل أن يبيع الخبز بالملح جاز . لأن وجود ذلك كعدمه .

الثانى : أن يكون غير المقصود كثيراً إلا أنه لمصلحة المقصود ، كالماء فى خَلِّ التمر ، والزبيب ، ودِبْس التمر . فهذا يجوز بيع الشىء منه بمثله . ويَتنزّل خَلْطُه منزلة رطوبته ، لكونه من مصلحته ، فلا يمنع من بيعه بما يماثله ، كالرُّطَبَ بالرُّطَبِ . ولا يجوز بيعُه بما ليس فيه خلطٌ ، كبيع خلّ العنب بخلّ الزبيب ، لإفضائه إلى التفاضُل ، فجرى مجرى بيع التمر بالرُّطب . ومنع الشافعىّ ذلك كلّه ، إلاّ بيع الشيْرج بالشيرج ، لكون الماء لا يظهرُ فى الشيرج .

الثالث : أن يكون غير مقصود كثيراً وليس من مصلحته ، كاللبن المَشُوبِ بالماء ، والأثمانِ المغشوشة بغيرها . فلا يجوز بيعُ بعضها ببعض . لأن خلطه ليس من مصلحته . وهو يُخِلّ بالتماثل المقصود فيه . وإن باعه بجنس غير المقصود ، كبيع الدينار المغشوش بالفضّة بالدراهم . احتمل الجواز . لأنه يَبيعُه بجنس غير مقصود فيه . فأشبه بيع اللبن بشاة فِيها لبنٌ ، ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر فى الأصل ، وإن باع ديناراً

مغشوشاً بمثله ، والغِشُّ فيهما متفاوتٌ ، وغيرُ معلومِ المقدار لم يجُز . لأنه يخِلّ بالتماثل المقصود . وإن عُلم التساوى فى الذهب ، والغش الذى فيهما خرج على الوجهين . أولهما : الجواز . لأنهما تماثلا فى المقصود وفى غيره . ولا يُفضى إلى التفاضُل بالتوزيع بالقيمة ، لكون الغِشّ غيرَ مقصود ، فكأنّه لا قيمة له .

٢٨٣٨ (فصل) ولو دفع إليه درهماً ، فقال : أعطنى بنصف هذا الدرهم نصفَ دِرْهم ، وبنصفه فُلوساً ، أو حاجةً أخرى جاز . لأنه اشترى نصفاً بنصف ، وهما متساويان . فصحّ ، كما لو دفع إليه دِرْهَمَيْن وقال : بعنى بهذا الدرهم فُلوساً ، وأعطنى بالآخر نِصفَيْنِ ، وإن قال : أعطنى بهذا الدرهم نصفاً وفُلوساً جاز أيضاً . لأن معناه ذلك ، ولأن ذلك لا يُفضى إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة ، فإنّ قيمة النصف الذى فى الدرهم كقيمة النصف الذى مع الفُلوس يقيناً . وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء .

٢٨٣٩ (فصل) وما كان مُشتملاً على جنسين بأصل الخلقة ، كالتمر الذى اشتمل على النوى وماعليه ، والحيوان المشتمل على لحم وشحم وغيره ، وأشباه ذلك . فهذا إذا قوبل بمثله جاز بيعُه به . ولا نظر إلى ما فيه ، فإنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم « أَجَازَ بَيْعَ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ والحَيَوان بالحَيَوَانِ » وقد علم اشتمالهما على ما فيهما ، ولو باع ذلك بنوع غير مقصود فيه ، كبيع التمر الذى فيه النوى بالنوى ، ففيه عن أحمد روايتان ، قد ذكرناهما فيما مضى . فأما العَسلُ قبل تصفيته ، فقال أصحابنا : لا يجوز بيعُ بعضه ببعض ، لاشتماله على عسل وشمع ، وذلك بفعل النحل . فأشبه السيف المُحَلَّى .

٢٨٤٠ (فصل) ويحرم الربا فى دار الحرب ، كتحريمه فى دار الإسلام . وبه قال مالك ، والأوزاعىّ ، وأبو يوسفَ ، والشافعىّ ، وإسحق . وقال أبو حنيفة : لا يجرى الربا بين مسلم وحرْبىّ فى دار الحرب ، وعنه فى مُسلمَيْن أسلما فى دار الحرب : لا ربا بينهما . لما روَى مكحولٌ عن النبىِّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « لاَ رِبا بين المُسْلِمِينَ ، وَأَهْلِ الحَرْبِ فِى دَارِ الحَرْبِ »(١) ولأن أموالهم مباحة : وإنما حظرها الأمان فى دار الإسلام ، فما لم يكن كذلك كان مباحاً .

ولنا : قول الله تعالى (وَحَرَّمَ الرِّبَا) وقوله (٢ : ٢٧٥ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إلاَّ كَمَا يَقُوم الّذى يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ المَسّ) وقال تعالى (٢ : ٢٧٨ يا أيّها الّذِينَ آمَنُوا اتقُوا اللهَ وذَرُوا مَا بَقِىَ مِنَ الرِّبَا) وعمومُ الأخبار يقتضى تحريم التفاضُل وقوله « مَنْ زَادَ أو ازْدَادَ فَقَدْ أَرْبَى » عامّ ، وكذلك سائرُ الأحاديث . ولأنّ ما كان محرّماً فى دار الإسلام كان محرّماً فى دار الحرب ، كالرّبا بين المسلمين . وخبرهم مُرسل ، لا نعرف صحّته . ويحتملُ أنه أراد النهى عن ذلك : ولا يجوز ترك ما ورد

---

(١) معنى لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب ، أنه يجوز للمسلم أن يأخذ الزيادة من الحربى ، لأن ماله مباح كله للمسلم ما دام حربياً ، فأخذ بعضه زيادة فى المبايعة يكون متدرجا تحت الكل المباح ، فيجوز .

بتحريمه القرآنُ، وتظاهرت به السنّة. وانعقد الإجماعُ على تحريمه بخبر مجهولٍ، لم يردْ فى صحيحٍ ولا مُسند، ولا كتاب موثوق به. وهو مع ذلك مُرْسَلٌ محتمِل. ويحتمل أن المراد بقوله « لا ربا » النهىُ عن الرّبا كقوله (٢ : ١٩٧ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِى الْحَجِّ) وما ذكروه من الإباحة منتقض بالحربىّ إذا دخل دارَ الإسلام . فإنّ ماله مُباحٌ إلاّ فيما حظره الأمانُ . ويُمكن حمله بين المسلمين على هبة التفاضُل . وهو محرّم بالإجماع ، فكذا ههنا .

٢٨٤١ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى ذهباً بورق عيناً بعين ، فوجد أحدُهما فيما اشتراه عيباً ، فله الخيارُ بين أن يردّ ، أو يقبلَ ، إذا كان بصرْف يومه ، وكان العيب يدخل عليه من غير جنسه ﴾ .

معنى قوله «عيناً بعَيْنٍ» هو أن يقول : بعتُك هذا الدينار بهذه الدراهم ، ويُشير إليهما وهما حاضران. وبغير عينه : أن يوقع العقد على موصوف غير مشارٍ إليه . فيقول : بعتُك ديناراً مصريًّا بعشَرةِ دراهم ناصِريّة ، وإن وقع القبضُ فى المجلس . وقد يكون أحدُ العوضين معيّناً دون الآخر . وكلّ ذلك جائز ، والمشهور فى المذهب : أن النقود تتعيّن بالتعيين فى العقود . فيثبُت الملِك فى أعيانها . فعلى هذا إذا تبايعا ذهباً بفضّة مع التعيين فيهما ثم تقابضا ، فوجد أحدهما بما قبضه عيباً لم يخلُ من قسمين :

أحدها : أن يكون العيبُ غِشًّا من غير جنس المَبيع . مثلُ أن يجد الدراهم رصاصاً ، أو نُحاساً ، أو فيه شىء من ذلك ، أو الدينار مَسْحاً . فالصرف باطل نص عليه أحمد وهو قول الشافعىّ . وذكر أبو بكر فيها ثلاثَ روايات . إحداهن : البيعُ باطل . والثانية : البيعُ صحيح . لأنّ البيع وقع على عينه ، وللمشترى الخيارُ بين الإمساك أو الردّ ، وأخذ البدل . والثالثة : يلزمه العقدُ ، وليس له ردّه ولا بد له .

ولنا : أنه باعه غيرَ ما سمّىَ له ، فلم يصلح ، كما لو قال : بعتُك هذه البغْلة ، فإذا هو حمار ، أو هذا الثوب القزّ فوجده كتّاناً . أما القولُ بأنّه يلزمه المبيُع فغيرُ صحيح ، فإن اشترى مَعيباً لم يَعلم عَيبه فلم يلزمه ذلك بغير أرش[1] ، كسائر المبيعات . ثم إنّ أبا بكر يقول فيمن دَلّس العيب : لا يصحّ بيعُه مع وجود ذات المسمَّى فى البيع . فههنا مع اختلاف الذات أولى .

القسم الثانى : أن يكون العيبُ من جنسه ، مثل كون الفضّة سَوْداء أو خَشِنةَ تتفطّر[2] عند الضرب ، أو سِكّتُها مخالفةً لسِكّة السُّلطانِ . فالعقدُ صحيح . والمشترى مخيرٌ بين الإمساك ، وبين فسخ العقد والردّ . وليس له البدل . لأن العقد واقع على عينه . فإذا أخذ غيرَه أخذ مالم يشتَرِه . وإن قلنا : إن النقد لا يتعيّن بالتعيين فى العقد فله أخذُ البدل . ولا يبطُل العقد . لأن الذى قبضه ليس هو المعقود

(١) الآرش : الفرق بين الثمن الحقيق والثمن الذى قبضه
(٢) تنفطر : تنكسر

عليه . فأشبه السَّلَمَ إذا قبضه فوجد به عيباً . وإن كان العيبُ فى بعضه فله ردّ الـكلّ ، أو إمساكهُ .
وهل له ردّ المَعِيب وإمساك الصحيح ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة . والحـكم فيما إذا كان العِوضَان من جنس واحد ، كالحـكم فى الجنسين ، على ما ذكرنا ، لـكن يتخرّج على قول من منع بيع النوعين بنوعٍ واحد من ذلك الجنس : أنه إذا وجد بعض العوض مَعيباً أن يبطُل العقدُ فى الجميع . لأنّ الذى يُقابل المعِيبَ أقلّ من الذى يقابلُ الصحيحَ ، فيصيرُ كمسألة مُدِّ عَجْوةٍ ومذهب الشافعىّ مثلُ ماذكرنا فى هذا الفصل سواء .

٢٨٤٢ (فصل) ولو أراد أخذ أَرْش العيب والعِوَضانِ فى الصرف من جنس واحدٍ لم يَجُز ، لحصول الزيادة فى أحد العوضين ، وفوات المماثلة المشترَطة فى الجنس الواحد . وخرّج القاضى وجهاً بجواز أخذ الأرش فى المجلس . لأن الزيادة طرأت بعد العقد . وليس لهذا الوجه وجه . فإن أرش العيب من العِوَض يُجبرُ به فى المرابحة ، ويأخذ به الشفيعُ ، ويردّ به ، إذا ردّ المبيع بفسخٍ أو إقالة . ولو لم يـكن من العوض، فبأى شيء استحقّه المشترى ؟ فإنّهُ ليس بِهبَةٍ . على أن الزيادة فى المجلس من العوض . ولو لم يـكن أرشاً فالأرش أولى . وإن كان الصرفُ بغير جنسه فله أخذ الأرش فى المجلس . لأن المماثلة غيرُ مُعتبرة ، وتخلّف قبض بعض العِوَض عن بعض ما داما فى المجلس لا يضرّ . فجاز ، كما فى سائر البيع . وإن كان بعد التفرق لم يجُز . لأنه يفضى إلى حصول التفرّق قبل القبض لأحد العوَضين ، إلا أن يجعلا الأرش من غير جنس الثمن ، كأنه أخذ أرش عيب الفضّة قفيزَ حِنْطَةٍ فيجوز . وكذلك الحـكم فى سائر أموال الربا فيما بيع بجنسه ، أو بغير جنسه مما يُشترط فيه القبض . فإذا كان الأرش مما لا يُشترط قبضه ، كمن باع قفيزَ حِنْطةٍ بقفيزَىْ شعيرٍ فوجد فى أحدهما عيباً ، فأخذ أرشه درهماً جاز ، وإن كان بعد التفرّق . لأنه لم يحصُل التفرّق قبل قبض ما شُرط فيه القبض .

٢٨٤٣ (فصل) قول الخِرَقىّ « إذا كان بصَرْفِ يَوْمِه » يعنى : الردّ جائز ما لم تنقصُ قيمةُ ما أخذه من النقد عن قيمته يوم اصطرفا . فإن نقصت قيمتُه ، كأن أخذ عشرةً بدينار ، فصارت أَحدَ عَشَر بدينار . فظاهرُ كلام أحمد والخرَقىّ : أنه لا يملك الردّ لأن المبيع تعيَّب فى يده لنقص قيمته . وإن كانت قيمتُه قد زادت ، مثلُ أن صارت تسعةً بدينار ، لم يمنع الردّ . لأنه زيادةٌ وليس بعيب ، والصحيح : أن هذا لا يمنع الردّ . لأن تغيّر السعر ليس بعيب . ولهذا لا يضمن فى الغصب ، ولا يمنع من الردّ بالعيب فى القرض ، ولو كان عيباً . فإن ظاهر المذهب : أنه إذا تعيّب المبيعُ عند المشترى ، ثم ظهر على عيب قديم فله ردّه ، وردّ أرش العيب الحادث عنده ، وأخذ الثمن .

٢٨٤٤ (فصل) وإن تلف العِوَضُ فى الصرف بعد القبض ، ثم عَلِمَ عيبه فسخَ العقدَ وردّ الموجود،

وتبقى قيمةُ العيب فى ذمّة من تلف فى يده ، فيردّ مثلها ، أو عِوَضها إن اتفقا على ذلك، سواء كان الصرف بجنسه ، أو بغير جنسه . ذكره ابن عقيل . وهو قول الشافعىّ . قال ابن عقيل : وقد رُوى عن أحمد جوازُ أخذ الأرش . والأول أولى ، إلا أن يكونا فى المجلس ، والعوضان من جنسين .

٢٨٤٥ (فصل) إذا علم المصطرفان قدر العوضين جاز أن يتبايعا بغير وزن ، وكذلك لو أخبر أحدُهما الآخر بوزن ما معه فصدّقه . فإذا باع ديناراً بدينار كذلك وافترقا ، فوجد أحدُهما ما قبضه ناقصاً بطل الصرفُ . لأنهما تبايعا ذهباً بذهب مُتفاضلاً . فإن وجد أحدهما فيما قبضه زيادَةً على الدينار نظرتَ فى العقد ، فإن كان قال : بعتُك هذا الدينار بهذا ، فالعقد باطلٌ . لأنه باع ذهباً بذهب مُتفاضلاً . وإن قال : بعتُك ديناراً بدينار ثم تقابضا كان الزائدُ فى يد القابض مُشاعاً مَضموناً لمالكه . لأنه قبضه على أنه عوض ، ولم يفسُد العقد . لأنه إنما باع ديناراً بمثله ، وإنما وقع القبضُ للزيادة على المعقود عليه . فإن أراد دفع عوض الزائد جاز ، سواء كان من جنسه ، أو من غير جنسه . لأنه معاوَضَةٌ مُبتدأة . وإن أراد أحدهما الفسخ فله ذلك . لأن آخذ الزائد وجد المبيع مُختلطاً بغيره مَعيباً بعيْب الشركة . ودافعُه لا يلزمه أخذُ عوضه ، إلا أن يكونا فى المجلس ، فيردّ الزائد ، ويدفع بدله . ولو كان لرجل على رجل عشرةُ دنانير، فوفّاه عشرةً عدداً ، فوجدها أحَدَ عشرَ . كان هذا الدينار الزائدُ فى يد القابض مُشاعاً مَضموناً لمالكه . لأنه قبضه على أنه عِوَضٌ عن ماله . فكان مضموناً بهذا القبض ، ولمالكه التصرّف فيه كيف شاء .

٢٨٤٦ (فصل) والدراهم والدنانير تتعيّن بالتعيين فى النقد ، بمعنى أنه يثبت الملك بالعقد فيما عيناه ، ويتعيّن عوضاً فيه . فلا يجوز إبداله . وإن خرج مغصوباً بطل العقد . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ . وعن أحمد : أنّها لا تتعيّن بالعقد . فيجوز إبدالها ، ولا يبطلُ العقد بخروجها مغصوبةً . وهذا مذهبُ أبى حنيفة. لأنه يجوز إطلاقُها فى العقد ، فلا تتعيّن بالتعيين فيه ، كالمكيال والصّنجة .

ولنا : أنه عوض فى عقد فيتعيّن بالتعيين ، كسائر الأعواض ، ولأنه أحد العوضين فيتعيّن بالتعيين كالآخر . ويُفارق ما ذكروه . فإنه ليس بعوض . وإنّما يراد لتقدير المعقود عليه ، وتعريف قدره . ولا يثبُت فيها الملكُ بحال ، بخلاف مسألتنا .

٢٨٤٧ « مسألة » قال ﴿ وإذا تبايعا ذلك بغير عينه ، فوجد أحدهما فيما اشتراه عيباً ، فله البدلُ إذا كان العيب ليس بدخيلٍ عليه من غير جنسه ، كالوضوح فى الذهب ، والسواد فى الفضّة ﴾

يعنى اصطرفا فى الذمّة ، نحو أن يقول : بعتُك ديناراً مصريًّا بعشرةِ دراهم ، فيقول الآخر : قبلت . فيصحّ البيع ، سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما ، أو لم يكونا ، إذا تقابضا قبل الافتراق ، بأن يستقرضا أو غيرَ ذلك . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . وحُكى عن مالك : لا يجوز الصرف ، إلا أن تكون

العينان حاضرتين . وعنه : لا يجوز حتى تظهر إحدى العينين وتُعيَّن . وعن زُفَر مثلهُ ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « لاَ تَبِيعُوا غَائِباً مِنْها بنَاجِزٍ » ولأنّه إذا لم يعيّن أحدُ العِوضَين كان بيعَ دين بدين ، وهو غير جائز .

ولنا : أنّهما تقابضا فى المجلس فصحّ ، كما لو كانا حاضرين . والحديثُ يراد به أن لا يُباع عاجلٌ بآجل ، أو مقبوض بغير مقبوض ، بدليل ما لو عين أحدهما فإنه يصحّ . وإن كان الآخرُ غائباً ، والقبضُ فى المجلس جرى مَجرى القبض حالةَ العقـد ، ألا ترى إلى قوله « عَيْناً بعيْن ، يَداً بيَدٍ » والقبضُ يجرى فى المجلس كذا التعيّن .

فإذا ثبت هذا : فلا بدّ من تعيينهما بالتقابض فى المجلس . ومتى تقابضا فوجد أحدُهما بما قبضه عيباً قبل التفرّق ، فله المطالبةُ بالبدل ، سواء كان العيبُ من جنسه ، أو من غير جنسه ، لأنّ العقد وقع على مُطلقٍ لا عيب فيه ، فله المطالبة بما وقع عليه العقدُ كالمُسْلَمَ فيه . وإن رضيه بعَيْبِهِ والعيب من جنسه جاز ، كما لو رضى بالمُسْلَمَ فيه مَعيباً . وإن اختار أخْذَ الأرْش فإن كان العوضان من جنس واحد لم يجُز . لإفضائه إلى التفاضُل فيما يشترط فيه التماثلُ . وإن كانا من جنسين جاز . فأمّا إن تقابضا وافترقا ثم وجدَ العيبَ من جنسه . فله إبداله فى إحدى الروايتين ، اختارها الخلاّل والخِرَقىّ . ورُوى ذلك عن الحسن وقتادة . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وهو أحد قولى الشافعىّ . لأن ما جاز إبدالُهُ قبل التفرّق جاز بعده ، كالمُسْلَمَ فيه .

والرواية الثانية : ليس له ذلك . وهو قول أبى بكر ، ومذهب أبى حنيفة . والقول الثانى للشافعىّ . لأنه يقبضه بعد التفرّق . ولا يجوز ذلك فى الصرف . ومن صار إلى الرواية الأولى قال : قبض الأول صحّ به العقدُ ، وقبضُ الثانى بدلٌ على الأول . ويُشترط أن يأخذ البدل فى مجلس الردّ . فإن تفرّقا من غير قبض بطل العقدُ . وإن وجدَ البعضَ رديئاً فردّه . فعلى الرواية الأولى : له البدلُ . وعلى الثانية : يبطُل فى المردود . وهل يصحّ فيما لم يردّ ؟ على وجهين ، بناءً على تفريق الصفقة . ولا فرق بين كون المبيع من جنس ، أو من جنسين . وقال مالك : إن وَجدَ درهماً زَيْفاً ، فرضى به جاز . وإن ردّه انتقض الصرفُ فى دينار . وإن ردّ أحدَ عشَر درهماً انتقض الصرف فى دينارين . وكلّما زاد على دينار انتقض الصرف فى دينارٍ آخرَ .

ولنا : أن ما لا عيب فيه لم يردّ ، فلم ينتقض الصرف فيما يقابله ، كسائر العِوَض ، وإن اختار واجدُ العيب الفسخَ ، فعلى قولنا له البدلُ : ليس له الفسخُ إذا أُبْدِلَ له . لأنه يمكنُه أخذُ حقّه غير مَعِيبٍ . وعلى الرواية الأخرى : له الفسخُ ، أو الإمساك فى الجميع . لأنهُ تعذّر عليه الوصول إلى ما عقد عليه ، مع

إبقاء العقد . فإنْ اختار أخذ أرْش العيب بعد التفرّق لم يكن له ذلك . لأنه عوض يقبضه بعد التفرّق عن الصرف إلا على الرواية الأخرى .

٢٨٤٨ (فصل) ومن شَرْطِ المصارفة فى الذمّة : أن يكون العوضان معلومين . إما بصفة يتميّزان بها ، وإمّا أن يكون للبلد نقدٌ معلوم ، أو غالب . فينصرف الإطلاق إليه . ولو قال : بعتُك ديناراً مصريًّا بعشرين درهماً من نقدٍ عشرةٌ بدينار . لم يصحّ ، إلا أن لا يكون فى البلد نقد عشرةٌ بدينار ، إلا نوع واحد . فتنصرف تلك الصفة إليه . وكذلك الحكم فى البيع .

٢٨٤٩ (فصل) إذا كان لرجل فى ذمّة رجل ذهبٌ ، وللآخر عليه دراهم ، فاصطرفا بما فى ذمتهما . لم يصحّ . وبهذا قال الليث والشافعىّ . وحَكى ابن عبد البرّ عن مالك ، وأبى حنيفة جوازَه . لأن الذمّة الحاضرة كالعين الحاضرة ، ولذلك جاز أن يشترى الدراهمَ بدنانير من غير تعيين .

ولنا أنه[1] بيع دين بدين ولا يجوز ذلك بالإجماع قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز. وقال أحمد: إنما هو إجماع. وقد رَوى أبو عبيدٍ فى الغريب «أنّ النبى صلىّ الله عليه وسلم نَهَى عَنْ بَيْعِ الكَالِىء بالكَالِىء » وفسرّه بالدين بالدّين ، إلا أن الأثرم رَوى عن أحمد : أنه سُئل : أيصحّ فى هذا حديث؟ قال :لا. وإنما صح الصرفُ بغير تعيين، بشرط أن يتقابضا فى المجلس، لجرى القبضُ والتعيين فى المجلس مجرَى وجوده حالةَ العقد . ولو كان لرجل على رجل دنانيرُ فقضاه دراهمَ شيئاً بعد شىء نظرتَ . إن كان يُعطيه كلّ درهم بحسابه من الدينار صحّ. نصّ عليه أحمد. وإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد ذلك، فصارفه بها وقت المحاسبة لم يجُز. نصّ عليه أيضاً . لأن الدنانير دين ، والدراهمُ صارت ديناً . فيصيرُ بيعَ دين بدين. وإن قبض أحدُهما من الآخر ماله عليه ، ثم صارفه بعين، وذمّة صحّ. وإذا أعطاه الدراهم شيئاً بعد شىء ، ولم يقضه ذلك وقت دفعها إليه ، ثم أحضرها وقوّماها. فإنه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها إليه. لأنها قبل ذلك لم تَصِر فى ملكه إنما هى وديعة فى يَدِه . فإن تَلِفَت ، أو نقصت فهى من ضمان مالِكها . ويحتمل أن تكون من ضمانَ القابض لها ، إذا قبضها بنيّة الاستيفاء . لأنها مقبوضة على أنها عوض ووفاء . والمقبوض فى عقد فاسد كالمقبوض فى العقد الصحيح فيما يَرجع إلى الضمان وعدمه . ولو كان لرجل عند صَيْرفىّ دنانيرُ فأخذ منه دراهمَ إدراراً لتكون هذه بهذه لم يكن كذلك . بل كلّ واحد منهما فى ذمّة من قبضه . فإذا أرادا التصارف أحضرا أحدهما ، واصطرفا بعين وذمّة .

٢٨٥٠ (فصل) ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ، ويكون صرفاً بعين وذمّة ، فى قول

(١) فى الطبعة الثالثة (ولنا أن بيع دين بدين) ولم ينبه عليها فى الخطا والصواب ، وهى صحيحة فى الطبعة الأولى كما هنا .

أكثر أهل العلم ، ومنع منه ابن عباس ، وأبو سَلَمة بن عبد الرحمن ، وابن شُبْرُمَةَ ورُوى ذلك عن ابن مسعود . لأن القبض شرط ، وقد تخلّف .

ولنا : ماروى أبو داود ، والأثرم فى سُننهما ، عن ابن عمر قال « كُنْتُ أَبِيعُ الإبل بالبَقِيع ، فَأَبِيعُ بالدَّنَانِيرِ وَآخُذُ الدَّرَاهِمَ ، وأَبيعُ بالدَّراهم وآخُذُ الدَّنَانيرَ ، آخُذُ هَذِهِ مِنْ هَذِهِ ، وأُعْطِى هَذِهِ مِنْ هَذِهِ . فأتيتُ النبىَّ صلىّ الله عليه وسلم فى بيت حَفْصَةَ فقلت : يارسول الله ، رُوَيْدكَ أسْألُكَ ، إنّى أبِيعُ الإبلَ بِالبَقِيعِ ، فأبيعُ بالدَّنَانيرِ ، وآخُذُ الدَّرَاهم ، وأبيعُ بالدراهِمَ وآخُذُ الدَّنَانيرَ آخُذُ هَذه من هذه ، وأُعْطِى هَذِهِ مِنْ هذه ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَم : « لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَها بسعر يَوْمِهَا ، مَا لمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُما شَئٌ » قال أحمد : إنما يقضيه إيّاها بالسعر ، لم يختلفوا أنّه يقضيه إيّاها بالسعر إلاّ ماقال أصحاب الرأى : إنه يقضيه مكانها ذهباً على التراضى . لأنه بيعٌ فى الحال ، فجاز ماتراضيا عليه إذا اختلف الجنس ، كما لو كان العوض عَرْضاً . ووجه الأول : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا » ورُوى عن ابن عمر « أَنَّ بَكْرَ بْنَ عَبْدِ الله المزَنِى ، ومَسْرُوقاً العِجْلِىّ سَأَلَاهُ عَنْ كَرِىٍّ[1] لها لَهُ عَلَيْهِمَا دراهمُ ، وليس مَعَهُما إلاّ دَنانيرُ ؟ فقال ابن عمر : أَعْطُوهُ بِسِعْرِ السُّوقِ » ولأنّ هذا جرى مجرى القضاء ، فقيّد بالمثل ، كما لو قضاه من الجنس . والتماثل ههنا من حيث القيمة ، لتعذّر التماثلُ من حيثُ الصورة ، قيل لأبى عبد الله : فإنّ أهل السوق يتغابنون بينهم بالدانق فى الدينار ، وما أشبهه ؟ فقال : إذا كان مما يتغابَنُ الناسُ به فسهّل فيه ، ما لم يكن حيلةً ، ويزادُ شيئاً كثيراً .

٢٨٥١ (فصل) فإن كان المقضىّ الذى فى الذمّة مؤجّلاً ، فقد توقّف أحمد فيه . وقال القاضى : يحتمل وجهين :

أحدهما : المنع ، وهو قول مالك ، ومشهور قولى الشافعىّ ، لأنّ مافى الذمّة لا يستحقّ قبضه ، فكان القبض ناجزاً فى أحدهما ، والناجز يأخذُ قسطاً من الثمن .

والآخر : الجواز ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنّه ثابت فى الذمّة بمنزلة المقبوض ، فكأنه رضىَ بتعجيل المؤجّل ، والصحيح الجواز إذا قضاه بسعر يومها ، ولم يجعل المقضىّ ،فضلاً لأجل تأجيل ما فى الذّمة ،لأنه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئاً فقد رضى بتعجيل ما فى الذّمة ، بغير عِوَض ، فأشبه ما لو قضاه من جنس الدين ، ولم يستفصل النبىُّ صلىّ الله عليه وسلم ابنَ عمر حين سأله : ولو افترق الحالُ لسأل واستفصل .

٢٨٥٢ (فصل) قال أحمد : ولو كان لرجل على رجل عشرةُ دراهم ، فدفع إليه ديناراً ، فقال :

---

(١) الكرى : بفتح الكاف ، وكسر الراء ، وتشديد الياء المكارى : أى الأجير .

استوف حقك منه ، فاستوفاه بعد يومين ، جاز ، ولو كان عليه دنانيرُ فوكّل غريمه فى بيع داره ، واستيفاء حقّه من ثمنها ، فباعها بدراهمَ لم يجُز أن يأخذ منها قدر حقّه ، لأنه لم يأذن له فى مُصارفةِ نفسه ، ولأنه متّهم ، ولو باع جاريةً بدنانير ، فأخذ بها دراهمَ فردّت الجاريةُ بعيب ، أو إقالة لم يكن المشترى إلاّ الدنانير ، لأنّ الثمنُ الذى وقع عليه العقدُ ، وإنما أخذ الدراهم بعقد صرفٍ مُستأنف . نص أحمد على هذه المسائل .

٢٨٥٣ (فصل) إذا كان عليه دين مؤجّل ، فقال لغريمه : ضع عنّى بعضه ، وأُعَجِّلُ لك بقيّته ، لم يجُز ، كرهه زيدُ بن ثابت ، وابن عمر ، والمقدادُ وسعيدُ بن المسيّب . وسالم ، والحسن ، وحمّاد ، والحكَم ، والشافعىّ ، ومالك ، والثورىّ ، وهُشَيْم ، وابن عُلَيّة ، وإسحاق ، وأبو حنيفة وقال المقداد لرجلين فَعلاَ ذلك ، كلاَ كُما قد آذنَ بحَرْبٍ من الله ورسولهِ ، ورُوى عن ابن عباس : أنه لم يَرَ به بأساً ، ورُوى ذلك عن النخَعِىّ وأبى ثور ، لأنّه آخذٌ لبعض حقّه تاركٌ لبعضه ، فجاز كما لو كان الدينُ حالاً ، وقال الخِرَقىّ : لا بأس أن يُعَجّل المكاتَبُ لسيّده ، ويضَعَ عنه بعضَ كتابته ، ولنا : أنه بيعُ الحلول ، فلم يجُز ، كما لو زاده الذى له الدين . فقال له : أعْطِيكَ عَشرَةَ دراهمَ وتُعَجِّل لى المائةَ التى عليك . فأما المكاتَبُ فإنّ معاملته مع سيّده ، وهو يبيع بعض ماله ببعضٍ ، فدخلت المُسامحةُ فيه ، ولأنّه سبب للعتق ، فسُومح فيه ، بخلاف غيره .

٢٨٥٤ « مسألة » قال ﴿ فإن كان العيبُ دخيلا عليه من غير جنسه ، كان الصرف فيه فاسداً ﴾ .

يعنى إذا وجد أحدهما ما قبضه مَغشوشاً بغشٍّ من غير جنسه فيُنظَر فيه ، فإن كان الصرف عيناً بعين فهو فاسد ، لما أسلفناه ، وإن كان بغير عين ، وعلم ذلك فى المجلس فردّه ، وأخذ بدله ، فالصرف صحيح . لأنه عين المعقود عليه ، وإن افترقا قبل ردّه فالصرف فيه فاسد أيضاً ، لأنهما تفرّقا قبل قبض المعقود عليه ، ولم يقبض ما يصلح عِوضاً عن المعقود عليه . وهذا ظاهر كلام الخِرقىّ . وقيل عن أحمد : إنّه إذا أخذ البدل فى مجلس الردّ لم يبطل ، كما لو كان العيب من جنسه . وهذا فيما إذا لم يكن مُشترى المعيَب عالماً بعَيْبه ، فأمّا إن علم بعيبه فاشتراه على ذلك والعيبُ من جنسه جاز ، ولا خيار له ولا بدل ، وإن كان من غير جنسه ، وكان الصرف ذهباً بذهب ، أو فِضّةً بمثلها ، فالصرفُ فيه فاسد ، لأنّه يُخلّ بالتماثل ، إلاّ أن يبيع ذهباً أو فضّةً مغشوشاً بمثل غِشّه ، كبيعه ديناراً صُوريّاً بمثله ، مع علمه بتساوى غِشّهما ، وقد ذكرنا أن الظاهر جوازه ، وإن باع مغشوشاً بغير مغشوش لم يجُز ، إلاّ أن يكون للغشّ قيمةٌ ، فيخرّج على مسألة مُدّعَجوةٍ ، وإن كان الصرف فى جنسين ، كذهب بفِضّة انبنى على انفاق المغشوشة .

٢٨٥٥ (فصل) وفى إنفاق المغشوش من النقود روايتان :

أظهرهما : الجوازُ ، نقل صالح عنه فى دراهم يقال لهـا المسَّيِّبيّة عامتُّهـا نُحاس ، إلاّ شيئاً فيها فِضّة . فقال : إذا كان شيئاً اصطلحوا عليه مثلَ الفلوس اصطلحوا عليها ، فأرجو ألا يـكون بها بأس .

والثانية . التحريم : نقل حنبل فى دراهم يُخلط فيها مسّ ، ونُحاسٌ يُشْتَرَى بها ،ويُباع ، فلا يجوز أن يبتاع بها أحدٌ ، كلّ ما وقع عليه اسمُ الغِش فالشراء به ، والبيع حرامٌ ، وقال أصحاب الشافعىّ : إن كان الغِشّ مما لا قيمةَ له جاز الشراء بها ، وإن كان مما له قيمة ، ففى جواز انفاقها وجهان ، واحتجّ من منع انفاق المغشوشة بقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّـا » وبأن عمر رضى الله عنه. نهى عن بيع نُفَاية بَيْت المال ، ولأنّ المقصود فيه مجهول ، أشبه تُراب الصاغَةِ ، والأولى أن يُحمل كلام أحمدَ فى الجواز على الخصوص ، فيما ظهر غشّه ، واصطُلح عليه ، فإنّ المعاملة به جائزةٌ ، إذ ليس فيه أكثرُ من اشتماله على جنسين ، لا غرر فيهما ، فلا يمنع من بيعهما ، كما لو كانا متميّزين ، ولأن هذا مستفيض فى الأعصار ، جارٍ بينهم من غير نـكير ، وفى تحريمه مشقّة ، وضرر ، وليس شراؤه بها غِشاً للمسلمين ، ولاً تغريراً لهم ، والمقصود منها ظاهر مَرْئِىٌ معلوم ، بخلاف تراب الصاغة ، ورواية المنع محمولة على ما يَخْفَى غِشّهُ ، ويقع اللّبْسُ به ، فإنّ ذلك يُفضى إلى التغرير بالمسلمين ، وقد أشار أحمد إلى هذا فى رجل اجتمعت عنده دراهم زُيُوفٌ ما يصنع بها ؟ قال : يَسْبِـكُها ، قيل له : فيبيعُها بدَنانير ؟ قال : لا . قيل : يبيعها بفُلوس ؟ قال : لا . قيل : فبِسِلْعَةٍ ؟ قال : لا ، إنّى أخافُ أنَ يغُرّ بها مُسلماً . قيل لأبى عبد الله : أيتصدّق بها ؟ قال : إنّى أخاف أن يَغُرّ بها مُسلماً ، وقال : ماينبغى له ،لأنّه يَغُرّ بها المسلمين ، ولا أقول: إنّه حرام،لأنهّ على تأويل ، وذلك إنمّا كرهتهُ لأنهّ يغرُ بّها مُسلماً.فقد صرّح بأنهّ إنما كرهه لما فيه من التغرير بالمسلمين ، وعلى هذا يُحمل منعُ عمر نُفَايةَ بيت المال ، لمافيه من التغرير بالمسلمين ، فإن مشتريَها ربمّا خلَطها بدراهم جَيّدة ، واشترى بها ممنْ لا يعرفُ حالها ، ولو كانت مما اصطُلح على إنفاقه لم يـكن نُفَايةَ ، فإن قيل:فقد رُوِى عن عمر : أنه قال : مَنْ زَافَتْ عليه دَراهِمُه فليَخْرُج بها إلى البقيع ، فَلْيَشْتَرِ بها سَحْقَ الثِّيابِ . وهذا دليل على جواز إنفاق المغشوشةالتى لم يُصْطَلح عليها ، قلنا : قد قال أحمد : معنى زافت عليه دراهمهُ ، أى نفيت ، ليس أنهّا زُيُوف ، فيتعيّن حملهُ على هذا ، جمعاً بين الروايتين عنه ، ويحتمل أنه أراد ما ظهر غِشُّه ، وبانَ زيفُهُ بحيثُ لا يخْفَىَ على أحدٍ ، ولا يحصُل بها تغرير ، وإن تعذّر تأويلها تعارضت الروايتان عنه،ويُرجع إلى ماذكرنا من المعنى ، ولافرق بين ما كان غِشّة ذا بقاء ، وثَبات، كالرصاص ، والنحاس ، ومالا ثبات له ، كالزرنيخيّة ، والاندرانيّة ، وهو زرنيخ ونُورَةٌ ،يطلىَ عليه فِضّة ، فإذا دخل النَار استُهلِكَ الغش وذهب .

٢٨٥٦ « مسألة قال » ومتى انصرف المتصارفان قبل التقابُض فلا بَيْع بينهما »

الصرف بيع الأثمان بعضها ببعض ، والقبضُ في المجلس شرطٌ لصحته ، بغير خلاف . قال ابنُ المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفَيْن إذا افترقا قبل أن يتقابضا أنّ الصرف فاسدٌ ، والأصلُ فيه قول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِباً إلاَّ هَاءَ وَهَاءَ » وقوله عليه السلام « بِيعُوا الذَّهَبَ بِالفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ » ونهى النبيُّ صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالوَرِق دَيْناً ، ونهى أن يُباع غائبٌ منها بناجز ، كلّها أحاديث صِحاحٌ ، ويُجزئ القبض في المجلس وإن طال ، ولو تماشيا مصطحِبَيْن إلى منزل أحدهما ، أو إلى الصرّاف ، فتقابضا عنده جاز ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال مالك . لا خير في ذلك . لأنّهما فارقا مجلسهما ، ولنا أنهما لم يفترقا قبل التقابض ، فأشبه ما لو كانا في سفينة تسيرُ بهما ، أو راكبَيْن على دابّة واحدة تمشي بهما ، وقد دلّ على ذلك[1] حديث أبي بَرْزَةَ الأسلميّ للذين مَشَيا إليه من جانب العَسْكر : وما أراكما افترقتما ، وإن تفرّقا قبل التقابُض بطل الصرف ، لفوات شرطه ، وإن قبض البعضَ ، ثم افترقا بطل فيما لم يُقبض ، وفيما يقابله من العِوَض ، وهل يصحّ في المقبوض ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة ، ولو وكّل أحدهما وكيلا في القبض ، فقبض الوكيلُ قبل تفرّقهما جاز ، وقام قبضُ وكيله مَقام قبضه ، سواء فارق الوكيلُ المجلسَ قبل القبض ، أو لم يُفارقه ، وإن افترقا قبل قبض الوكيل بطل ، لأنّ القبض في المجلس شرطٌ ، وقد فات ، وإن تخايرا قبل القبض في المجلس لم يبطُل العقدُ بذلك ، لأنهما لم يفترقا قبل القبض ، ويحتمل أن يبطُل إذا قلنا بلزوم العقد ، وهو مذهب الشافعيّ ، لأنّ العقد لم يبقَ فيه خيارٌ قبل القبض ، أشبه ما لو افترقا ، والصحيحُ الأوّل ، فإن الشرط التقابضُ في المجلس ، وقد وُجد ، واشتراط التقابض قبل اللزوم تحكّم بغير دليل ، ثم يبطُل بما إذا تخايرا قبل الصرف ، ثم اصطرفا ، فإنّ الصرف يقع لازماً صحيحاً قبل القبض ، ثم يُشترط القبضُ في المجلس .

٢٨٥٧ (فصل) ولو صارف رجلاً ديناراً بعَشرةِ دراهم ، وليس معه إلا خمسةُ دراهم لم يجز أن يتفرقا قبل قبض العشرة كلّها ، فإن قبض الخمسة ، وافترقا ، بطل الصرفُ في نصف الدينار ، وهل يبطل فيما يقابل الخمسة المقبوضة ؟ على وجهين : بناء على تفريق الصفقة ، وإن أرادا التخلّص فسخا الصرف في النصف الذي ليس معه عِوَضُه ، أو يفسخان العقد كلَّه ، ثمّ يشترى منه نصف الدينار بخمسةٍ ، ويدفعها إليه ، ثم يأخذ الدينار كلَّه ، فيكون ما اشتراه منه له ، وما بقي أمانةً في يده ، ثم يفترقان ، ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له من الدينار ، أو اشترى به منه شيئاً ، أو جعله سَلَماً في شيء ، أو وَهَبه له ، جاز ، وكذلك إن وكّله فيه . ولو اشترى فِضّةً بدينار ونصف ، ودفع إلى البائع دينارَيْن . وقال : أنت وكيلي في نصف الدينار الزائد صحّ ، ولو صارفه عشرةَ دراهم بدينار . فأعطاه أكثرَ من دينار ليزن له حقّه في وقتٍ آخر جاز ،

---

(١) كلمة ذلك ساقطة من الطبعة الثالثة التي طبعت بدار السنة المحمدية ، ولم ينبه عليها في الخطأ والصواب .

وإن طال ، ويكون الزائدُ أمانةً فى يده ، لا شىء عليه فى تلفه ، نصّ أحمدُ على أكثر هذه المسائل . فإن لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم ، فاشترى بها نصف دينار ، وقبض ديناراً كاملاً ، ودفع إليه الدراهم ، ثمّ اقترضها منه ، فاشترى بها النصف الباقى ، أو اشترى الدينار منه بعَشَرة ابتداء ، ودفع إليه الخمسةَ ، ثم اقترضها منه ، ودفعها إليه عوضاً عن النصف الآخرِ على غير وجهِ الحيلة ، فلا بأس .

٢٨٥٨ (فصل) وإذا باع مُدَّىَ تَمْرٍ رَدِىء بِدِرْهَمٍ ، ثم اشترى بالدرهم تمراً جَنيباً ، أو اشترى من رجل ديناراً صحيحاً بدراهم ، وتقابضاها ، ثم اشترى منه بالدراهم قُرَاضَةً من غير مُواطأة ، ولا حيلة ، فلا بأس به ، وقال ابن أبى موسى : لا يجوز إلاَّ أن يمضى إلى غيره ، ليبتاع منه ، فلا يستقيم له ، فيجوزُ أن يرجع إلى البائع ، فيبتاعَ منه ، وقال أحمد فى رواية الأثرم : يبيعُها من غيره أحَبُّ إلىّ ، قلت له : قال : لم يُعلمه أنّه يريدُ أن يَبيعَها منه ؟ فقال : يبيعُها من غيره ، فهو أطيبُ لنفسِه ، وأحرى أن يستوفىَ الذهبَ منهُ ، فإنه إذا ردّها إليه لعلّه أن لا يوفّيه الذهبَ ، ولا يُحكِم الوزن ، ولا يستقصى ، يقول : هى ترجع إليه ، قيل لأبى عبد الله : فذهب ليشترى الدراهم الذهب الذى أخذها منهُ من غيره فلم يجدها ، فرجع إليه ؟ فقال : إذا كان لا يُبالى اشترى منه ، أو من غيره فنَعَم . فظاهرٌ أنّ هذا على وجه الاستحباب ، لا الإيجاب ، ولعلّ أحمد إنّما أراد اجتناب المواطأة على هذا ، ولهذا قال : إذ كان لا يُبالى اشترى منه ، أو من غيره فنَعمْ . وقال مالك : إن فعل ذلك مرّةً جاز ، وإن فعله أكثرَ من مرّة لم يَجز ، لأنه يُضارع الرّبا .

ولنا : ما رَوى أبو سعيد ، قال : جاء بِلاَلٌ إلى النَّبِى صلى الله عليه وسلم بِتَمْرٍ بَرْنِىّ ، فقال له النبىُّ صلىَ الله عليه وسلم « مِنْ أَيْنَ هَذَا ؟ » قال بلال : كان عندنا تمرٌ ردىء ، فبِعْتُ صَاعَين بصَاع ليَطْعَمَ النبىُّ صلىّ الله عليه وسلم ، فقال له النبىُّ صلىّ الله عليه وسلم « أوْه! عَيْنُ الرِّبا ، لاَ تَفْعَلْ ، وَلَكِنْ إذَا أَرَدْتَ أنْ تَشْتَرِيَ فَبِعِ التَّمْرَ بِبَيْعٍ آخَرَ ، ثمّ اشْتَرِ بِهِ » وروى أيضاً أبو سعيد ، وأبو هريرة « أنّ رسول اللهصلىّ الله عليه وسلم استعملَ رَجُلاً عَلَى خَيْبَرَ . فجَاءهُ بتَمْرِ جَنِيب ، فقال ، أكُلُّ تَمْرِ خَيبرَ هَكذا؟ قال : لاَ ، واللهِ ، إنّا لنأخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بالصَّاعَيْنِ ، والصَّاعَيْنِ بالثّلاثة . فقالرسول الله صلى الله عليه وسلم : لاَ تفْعَلْ ، بعِ التمرَ بالدَّراهم ، ثُمّ اشْتَرِ بالدَّراهِمِ جَنِيباً »[1] متفق عليهما ، ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشترى منه . ولو كان ذلك محرّماً لبينه له ، وعرّفه إيّاه ، ولأنه باع الجنسَ بغيره من غير شرط ، ولامواطأة . فجاز ، كما لو باعه من غيره ، ولأنّ ما جاز من البِياعَاتِ مَرّةً جاز على الإطلاق ، كسائر البِياعَاتِ . فأمّا إن تواطآ على ذلك لم يجز . وكان حِيلةً مُحرّمة . وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعىّ : يجوز ، ما لم يكن مشروطاً فى العقد .

(١) الجنيب : فعيل بمعنى مفعول ، أى مجنوب ممتاز عن غيره ، وهو نوع من التمر جيد معروف عند العرب .

ولنا : أنه إذا كان عن مواطأة كان حيلةً ، والحيَلُ محرّمة على ما سنذكره .

٢٨٥٩ (فصل) والحيلُ كلّها محرّمة غيرُ جائزة في شيء من الدين . وهو أن يُظهر عقداً مُباحاً يريد به مُحرّماً مُخادَعةً ، وتوسُّلاً إلى فعل ما حرّم الله ، واستباحة محظوراته ، أو إسقاطَ واجب ، أو دفعَ حقّ ، ونحو ذلك . قال أيوب السّختيانيّ « إنّهُمْ لَيُخَادِعُونَ اللهَ ، كأنما يُخادِعُونَ صَبِيّاً ، لَوْ كانُوا يَأتُونَ الأمْرَ عَلَى وَجْهِهِ كَانَ أسْهَلَ عَلَيّ » فمن ذلك : ما لو كان مع رجل عشرةٌ صحاح ، ومع الآخر خمسةَ عشرَ مكسّرةً ، فاقترض كلّ واحد منهما ما مع صاحبه ، ثم تباريا توصُّلاً إلى بيع الصحاح بالمكسّرة مُتفاضلاً ، أو باعه الصحّاح بمثلها من المكسّرة ، ثم وهبه الخمسةَ الزائدة ، أو اشترى منه بها أوقيّة صابون ، أو نحوَها مما يأخذه بأقلّ من قيمته ، أو اشترى منه بعشرةٍ إلا حبّةً من الصحيح مثلَها من المكسّرة ، ثم اشترى منه بالحبة الباقية ثوباً قيمتهُ خمسةُ دنانير . وهكذا لو أقرضه شيئاً أو باعه سلعةً بأكثر من قيمتها ، أو اشترى منه سلعةً بأقلّ من قيمتها توصُّلاً إلى أخذ عِوَضٍ ، عن القرض . فكلّ ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيثٌ محرّم . وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفة ، والشافعيّ : ذلك كلّه ، وأشباهه جائز . إذا لم يكن مشروطاً في العقد . وقال بعض أصحاب الشافعيّ : يُكره أن يدخلا في البيع على ذلك . لأن كلّ ما لا يجوز شرطهُ في العقد يُكره أن يدخلا عليه .

ولنا : أن الله تعالى عذّب أمّة بحيلةٍ احتالوها فمسخهم قِرَدَةً ، وسماهم مُعْتَدِينَ ، وجعل ذلك نَكالاً ، وموعظةً للمتّقين ليتّعظوا بهم ، ويمتنعوا من مثل أفعالهم . وقال بعض المفسّرين في قوله تعالى (١٣٨ : ٣ وَمَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ) أي لأمة محمدّ صلى الله عليه وسلم ، فرُوي « أنّهُمْ كانُوا يَنْصبُون شِبَاكَهُمْ للحيتانِ يوْمَ الجُمُعَة ، وَيَتْرُكُونَهَا إلى يَوْمِ الأحَدِ . ومِنْهُم مَنْ كَانَ يحفرُ حفائرَ ، ويجْعَلُ إليهَا مجارِيَ ، فيفتحُها يوْم الجمُعَة . فإذَا جاء السَّمَكُ يَوْمَ السبتِ جرَى مَعَ المَاء في المجارِي . فيقَعُ في الحفائِرِ فيَدَعُهَا إلىَ يَوْمِ الأحَدِ ، ثُمّ يأخُذُهَا . وَيقولُ : مَا اصْطَدْتَ يومَ السَّبْتِ ، وَلا اعْتَدَيْتُ فِيهِ » فهذه حيلةٌ ، وقال النبيُّ صلىّ الله عليه وسلم « مَنْ أدْخَلَ فَرَساً بين فَرَسَيْنِ ، وَقدْ أمنَ أنْ يُسْبَقَ فهُوَ قِمارٌ . وَمَنْ أدْخَلَ فَرَساً بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَهُوَ لاَ يَأمَنُ أنْ يُسْبَقَ فَلَيْس بِقِمَارٍ » رواه أبو داود وغيره ، فجعله قماراً مع إدخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنىَ القِمَارِ . وهو كوْن كلّ واحد من المتسابقين لا ينفكّ عن كونه آخذاً ، أو مأخوذاً منه . وإنّما دخل صورةً تحيّلاً على إباحة المحرّم ، وسائرُ الحيل مثلُ ذلك ، ولأن الله تعالى إنّما حرّم المحرّمات لمَفْسدتها ، والضرر الحاصل منها . ولا تزول مَفْسَدَتُها مع إبقاء معناها ، بإظهارهما صورةَ غيرَ صورتها . فوجب أن لا يزول التحريمُ ، كما لو سمّى الخمر بغير اسمها لم يُبِحْ ذلكَ شُرْبَها .

وقد جاء عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « لَيَسْتَحِلَّنَّ قَوْمٌ مِنْ أُمَّتِي الْخَمْرَ يُسَمُّونَهَا بِغَيْرِ اسْمِهَا » .

ومن الحيل فى غير الربا : أنهم يتوصّلون إلى بيع الشيء المنهيّ عنه أن يَسْتأجِرَ بياضَ أرْضِ البُستانِ بأمثال أُجْرته ، ثم يُساقيه على ثمر شجره بجزءٍ من ألف جُزء للمالك ، وتسعمائة وتسعة وتسعونَ للعامل ، ولا يأخذُ منه المالك شيئاً ، ولا يُريد ذلك . وإنما قصد بيع الثمرة قبلُ بُدوّ صلاحها بما سمّاه أجرةً ، والعامل لا يقصد أيضاً سوى ذلك . وربّما لا ينتفع بالأرض التى سَمىّ الأجرةَ فى مقابلتها . ومتى لم يَخرُج الثمر ، أو أصابته جائحةٌ جاء المستأجرُ يطالبُ الجائحة ، ويعتقدُ أنه إنما بذل ماله فى مقابلة الثمرة لا غيرُ ، وربُّ الأرضَ يَعلَمُ ذلك .

٢٨٦٠ (فصل) ولو اشترى شيئاً بمكسّرة لم يجُز أن يُعطيه صحيحاً أقلّ منها . قال أحمد : هذا هو الربا المَحْضُ . وذلك لأنه يأخذُ عوض الفضّة أقلَّ منها ، فيحصُل التفاضُل بينهما . ولو اشتراه بصحيح لم يجُز أن يُعطيه مكسّرةً أكثرَ منها كذلك ، فإن تفاسخا البيعَ ، ثم عقدا بالصحاح ، أو بالمكسرة جاز . ولو اشترى ثوباً بنصف دينار لزمه نصفُ دينار شِقّ[1] . فإن عاد فاشترى شيئاً آخر بنصف آخرَ لزِمَهُ نصف شقّ أيضاً . فإن وفّاه ديناراً صحيحاً بطل العقدُ الثانى . لأنه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الأول . وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الأول بطل أيضاً . لأنه وجد ما يُفسده قبل انبرامه ، وإن كان بعد تفرّقهما ، فلزومه لم يؤثّر ذلك فيه . ولا يلزمه أكثرُ من ثمنه الذى عقد البيع به . ومذهب الشافعىّ فى هذا كما ذكرنا .

٢٨٦١ (فصل) إذا كان له عند رجل دينار وديعةً ، فصارفه به ، وهو معلوم بقاؤه ، أو مظنون . صحّ الصرف . وإن ظنّ أنه غيرُ موجود لم يصح الصرف . لأن حكمه حكم المعدوم . وإن شكّ فيه : فقال ابن عقيل : يصحّ . وهو قول بعض الشافعيّة وقال القاضى : لا يصحّ . لأنه غيرُ معلوم البقاء . وهو منصوص الشافعىّ .

ووجه الأول : أن الأصل بقاؤه . فصحّ البناء عليه عند الشكّ . فإن الشكّ لا يُزيل اليقين . ولذلك صحّ بيعُ الحيوانِ الغائب المشكوك فى حياته ، فإن تبيّنَ أنه كان تالفاً حين العقد تبينّا أنّ العقد وقع باطلاً .

٢٨٦٢ (فصل) ولا يجوز بيع تراب الصاغة ، والمعدن بشيء من جنسه . لأنه مال ربا بيع بجنسه على وجه لا نَعلَم المماثلة بينهما فلم يصحّ ، كبيع الصُّبْرَةِ بالصُّبْرَةِ . وإن بيع بغير جنسه ، فحكى ابن

(١) الشق : نصف كل شيء ، أى نصف دينار مماثل لنصفه الآخر .

المنذر عن أحمد : كراهةَ بيع تراب المعادن . وهو قول عطاء ، والشافعيّ ، والشعبيّ ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، وإسحاق . لأنه مجهول . وقال ابن أبي موسى في الإرشاد . يجوز ذلك . وهو قول مالك . وروى ذلك عن الحسن ، والنخعيّ ، وربيعة ، والليث ، قالوا : فإن اختلط ، أو أشكل فليبعه بعَرْضٍ ، ولا يبعهُ بعينٍ ولا وَرِقٍ . لأنه باعه بما لا ربا فيه . فجاز كما لو اشتر ثوبا بدينار ودرهم .

٢٨٦٣ « مسألة » قال ﴿ والعرايا التي أرخص فيها رسولُ الله صلى الله عليه وسلم هو أن يَوهَب للإنسان من النخل ما ليس فية خمسةُ أوْسق ، فيبيعُها بخرْصِهَا من التمر لمن يأكلُها رُطَباً ﴾ .

في هذه المسألة فصول خمسة :

أولها : في إباحة بيع العرايا في الجملة ، وهو قول أكثر أهل العلم. منهم مالك وأهل المدينة ، والأوزاعيّ، وأهل الشام ، والشافعيّ وإسحاق ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : لا يحلّ بيعُها . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ المُزَابنَةِ والمُزَابنَةَ بَيْعُ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ » متفق عليه . ولأنه يبيع الرُّطَب بالتَّمرِ من غير كيل في أحدهما . فلم يجز ، كما لو كان على وجه الأرض ، أو فيما زاد على خمسة أوسُق .

ولنا : ما روى أبو هريرة « أن النبيّ صَلّي اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم رَخّص في العرايا في خَمْسَةِ أوْسُق ، أو دُونَ خَمْسَةِ أوْسُق » متفق عليه . ورواه زيدُ بن ثابت ، وسَهْلُ بن أبي حَثْمَةَ ، وغيرُهما . وخرّجه أئمةُ الحديث في كتُبهم . وحديثهم في سياقه « إلاّ العَرايَا » كذلك في المتّفق عليه . وهذه زيادة يجب الأخذ بها . ولو قدّر تعارض الحديثين وجب تقديم حديثنا لخصُوصه ، جمعاً بين الحديثين ، وعملاً بكلا النصّين. وقال ابن المنذر : الذى نهى عن المُزَابنَةِ هو الذى أرْخَصَ في العرايا . وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى . والقياسُ لا يُصار إليه مع النصّ ، مع أن في الحديث «أنّه أرْخَصَ فِي العَرَايَا» والرّخْصةُ استباحةُ المحظور مع وجود السبب الحاظر . فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبقَ لنا رُخْصَةٌ بحال .

الفصل الثاني : أنهـا لا تجُوز في زيادةٍ على خمسةِ أوْسُق بغير خلاف نَعْلَمُه ، وتجوز فيما دون خمسة أوسق بغير خلاف بين القائلين بجوازها . فأمّا في خمسة أوسق فلا يجُوز عند إمامنا رحمه الله . وبه قال ابن المنذر، والشافعيّ في أحد قوليه . وقال مالك ، والشافعيّ في قول : يجوزُ . ورواه إسماعيلُ بن سعيد ، عن أحمد . لأنّ في حديث زيد وسَهْل « أنَّه رَخَّصَ فِي العَرِيَّةِ » مطلقاً . ثم استثنى «ما زاد على الخمسة» في حديث أبي هريرة . وشكّ في الخمسة ، فاستثنى اليقينَ ، وبَقِي المشكوكُ فيه على مقتضى الإباحة .

ولنا : أن النبيّ صلَّى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ المُزَابنَةِ ، والمُزَابنَةُ بَيْعُ الرُّطَبِ بِالتَّمرِ » ثم أرْخَصَ في العَرِيَّة فيما دون خمسة أوسُق ، وشكّ في الخمسة . فيبقى على العموم في التحريم . ولأن العَرِيَّة رُخْصَةٌ بُنِيَتْ على خلاف النصّ ، والقياس ، يقيناً فيما دون الخمسة ، والخمسةُ مشكوكٌ فيها . فلا تثبُت إباحتُها مع

الشكّ . وروى ابن المنذر بإسناده « أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم رَخَّصَ فِي بَيْعِ العَرِيَّةِ فِي الوَسْقِ والوَسْقَيْنِ ، والثَّلاَثةِ ، والأَرْبَعةِ » والتخصيص بهذا يدلّ على أنه لا تجوز الزيادة فى العدد عليه . كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه إيّاها بالذكر ، وروى مُسلم عن سهل « أنّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَخَّصَ فى بَيْعِ العَرِيَّةِ النَّخلةِ وَالنَّخْلَتَيْنِ » ولأنّ خمسة الأوسق فى حكم ما زاد عليها . بدليل وجوب الزكاة فيها دون ما نقص عنها . ولأنها قدرٌ تجب الزكاة فيه . فلم يجُز بيعُه عَرِيَّةً كالزائد عليها . فأما قولهم : أرْخَصَ فى العَرِيَّة مُطْلَقًا ، فلم يثبُت أنّ الرُّخْصةَ المُطْلَقَةَ سابقةٌ على الرُّخْصَةِ المُقَيَّدةِ ، ولاَ متأخّرة عنها . بل الرُّخْصَةُ واحدةٌ . رواها بعضهم مطلقةً ، وبعضُهم مقيَّدةً ، فيجب حملُ المُطلق على المقيّد . ويَصيرُ القيدُ المذكور فى أحد الحديثين كأنّه مذكور فى الآخَر . ولذلك يقيّد فيما زاد على الخمسة اتفاقاً .

٢٨٦٤ (فصل) ولا يجوز أن يشترى أكثر من خمسة أوسُق فيما زاد على صفقة ، سواء اشتراها من واحد ، أو من جماعة . وقال الشافعىّ : يجوز للإنسان بيعُ جميع ثَمَرِ حَائطِه عَرايَا مِنْ رَجُلٍ واحدٍ ، ومن رجالٍ ، فى عقودٍ متكرّرة . لعموم حديث زيد وسهل . ولأن كلّ عقد جاز مرّةً جاز أن يتكرّر ، كسائر البيوع .

ولنا : عموم النهى عن المُزَابنةِ ، اسْتُثْنِيَ منه العَرِيَّة فيما دون خمسة أوسُق ، فما زاد يبقى على العموم فى التحريم . ولأن ما لا يجوز عليه العقد مرّةً إذا كان نوعا واحداً لا يجوز فى عقدين ، كالذى على وجه الأرض ، وكالجمع بين الأختين . فأما حديثُ سهل ، فإنه مقيَّد بالنخلة والنخلتين . بدليل ما روينا . فيدلّ على تحريم الزيادة عليهما . ثمّ إن المُطلَق يُحمل على المقيّد ، كما فى العقد الواحد . فأما إن باع رجل عِرّيتَيْن من رَجُلَيْن فيهما أكثرُ من خمسة أوسق جاز . وقال أبو بكر والقاضى : لا يجوز ، لما ذكرنا فى المشترى .

ولنا أن المُغلّب فى التجويز حاجةُ المشترى ، بدليل ما رَوى محمود بن لَبيد ، قال : قلت لزيد بن ثابت : « مَا عَرَايَاكُمْ هَـذِهِ ؟ فسَمَّى رِجَالاً مُحْتَاجِينَ مِنَ الأَنْصَارِ شَكَوْا إِلَى رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم أنّ الرُّطَبَ يَأْتِى ، وَلاَ نَقْدَ بأيْدِيهِمْ يَبْتاعُونَ بِهِ رُطَبًا يأْكُلُونَهُ . وَعِنْدَهُمْ فُضُولٌ مِنَ التّمرِ . فَرَخَّصَ لَهمْ أَنْ يَبْتَاعُوا العَرَايَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ الذى فِي أَيْدِيهِمْ يَأْكُلُونَه رُطَبًا » وإذا كان سبب الرّخصة حاجةَ المشترى لم تعتُبر حاجةُ البائع إلى البيع ، فلا يتقيّد فى حقّه بخمسة أوسُق . ولأننا لو اعتبرنا الحاجة من المشترى وحاجةَ البائع إلى البيع أفضى إلى أن لايحصُل الإرفاق[1] ، إذ لا يكاد يتّفق وجود الحاجتين ،

---

(١) الإرفاق : النفع ، يقال رفق فلاناً إذا نفعه كأرفقه .

فتسقط الرخصة . فإن قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد الثانى ، وإن اشترى عَرِيّتين ، أو باعهما ، وفيهما أقلُّ من خمسة أوسق جاز ، وجهاً واحداً .

الفصل الثالث : أنه لا يُشترط فى بيع العَرِيّة أن تكون موهوبةً لبائعها . هذا ظاهرُ كلام أصحابنا ، وبه قال الشافعىّ . وظاهر قول الخِرَقىّ . أنه شرط . وقد رَوى الأثرم قال : سمعتُ أحمد سُئل عن تفسير العرايا ، فقال : العرايا أن يُعرِىَ الرَّجُلُ الجارَ أو القَرابَةَ للحاجة ، أو المَسْكنة ، فللمُعْرِى أنْ يَبيعَها ممّن شاء . وقال مالك : بَيْعُ العرايا الجائزُ هو أن يُعْرِىَ الرجُلُ الرَّجُلَ نَخَلاتٍ من حائطه ، ثم يكره صاحبُ الحائط دخولَ الرجل المُعْرَى ، لأنه ربّما كان مع أهله فى الحائط ، فيؤذيه دخولُ صاحبه عليه . فيجوز أن يشتريها منه ، واحتجُّوا بأن العرِيَّةَ فى اللغة هِبَةُ ثَمَرةِ النَّخِيل عاماً ، قال أبو عُبَيْدٍ . الإعراء : أن يجعل الرجلُ للرجلِ ثمرةَ نَخْلةٍ عامَها ذلك . قال الشاعر الأنصاريّ يصف النخل :

لَيْسَتْ بِسَنْهَاءَ[1] وَلاَ رُجَبِيَّةٍ[2] وَلٰكِنْ عَرَايَا فى السِّنِينِ الجَوائحِ

يقول : إنّا نُعْرِيها الناس ، فتعيَّن صرف اللفظ إلى موضوعه لغةً ومقتضاه فى العربية ، ما لم يوجد ما يصرفُهُ عن ذلك .

ولنا : حديث زيد بن ثابت . وهو حجّة على مالك فى تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب . ولأنه لو كان لحاجة الواهب لما اختصّ بخمسةِ أوسُق ، لعدم اختصاص الحاجة بها . ولم يَجُز بيعها بالتّمر . لأن الظاهر من حال صاحب الحائط الذى له النخيل الكثير يُعْرِيه الناسَ : أنه لا يَعْجِزُ عن أداء ثمن العَرِيَّة ، وفيه حجّة على من اشترط كونها موهوبةً لبائعها . لأن علّة الرُّخْصةِ حاجةُ المشترى إلى أكل الرُّطَب ، ولا ثمن معه سوى التمر ، فمتى وجد ذلك جاز البيع ، ولأن اشتراط كونها موهوبةً مع اشتراط حاجة المشترى إلى أكلها رُطَباً ولا ثمن معه يُفضى إلى سقوط الرُّخْصة . إذ لا يكاد يتّفق ذلك ، ولأن ما جاز بيعُه إذا كان موهوباً جاز وإن لم يكن موهوباً ، كسائر الأموال. وما جاز بيعُه لواهبه جاز لغيره ، كسائر الأموال . وإنما سُمّى عَرِيّةً لتعرِّيه عن غيره ، وإفراده بالبيع .

الفصل الرابع : أنهُ إنما يجوز بيعها بخَرْصِها من التمر ، لا أقلّ منهُ ، ولا أكثر . ويجب

---

(١) السنهاء : النخلة تحمل سنة بعد سنة .

(٢) رجبية بضم الميم وفتح الجيم المخففة ، ويجوز تشديدها ، والرجبية التى يغرس الشوك حولها لئلا يصل اليها آكل ، أو هى التى يبنى تحتها دكان تعتمد عليه ، أو هى التى تضم أعذاقها الى سعفاتها وتشد بالخوص حتى لا تنفقها الريح ، يريد الشاعر أن النخلة أو النخل ليس لاستعماله ، ولا هى مما يحافظ عليه مالكه ، وإنما هى عرايا، والسنين الجوائح المجدبة ، والبيت من البحر الطويل ودخل الخرم أول جزء فيه .

أن يكون التمر الذى يُشترى به معلوماً بالكيل . ولا يجوز جزافاً ، لا نعلم فى هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافاً ، لما رَوى زيدُ بن ثابت « أنّ رَسُولَ اللهِ صَلّى الله عليه وسَلّم أرْخَصَ فى العَرايَا أنْ تُباعَ بخَرْصِها كيلاً » متفق عليه . ولمسلم « أنْ تُؤخَذَ بِمِثْلِ خَرْصِها تَمراً يأكُلُهَا أهْلُهَا رُطَباً » ولأنّ الأصل اعتبار الكيل من الطرفين ، سقط فى أحدهما للتعذّر ، فيجبُ فى الآخَر بقضيّة الأصل . ولأن ترك الكيل من الطرفين يُكثِر الغرَرَ . وفى تركه من أحدهما يقلّ الغرر . ولا يلزم من صحّته مع قلّة الغرر صحّته مع كثرته .

ومعنى خَرْصها بمثلها من التمر : أن يُطيفَ الخارصُ بالعَرِيَّة فينظرَ : كم يجيء منها تمراً ؟ فيشتريها المشترى بمثلها تمراً . وبهذا قال الشافعىّ . ونقل حنبل عن أحمد : أنّه قال : يَخرُصُها رُطَباً ، ويُعطِى تمراً رُخصَةً ، وهذا يحتمل الأول . ويحتمل أنه يَشتريها بتمرٍ مثلِ الرُّطَبِ الذى عليها ، لأنّه بيع اشتُرِطت المماثلة فيه ، فاعتُبرت حالُ البيع ، كسائر البيوع . ولأن الأصل اعتبار المماثلة فى الحال ، وأن لا يباع الرُّطَبُ بالتمر . خُولف الأصلُ فى بيع الرُّطب بالتمر ، فيبقى فيما عداه على قضيَّة الدليل . وقال القاضى : الأول أصحّ . لأنه يبنى على خَرْص الثِّمار فى العُشْر والصحيح ثَمّ خَرْصِه تمراً ، ولأنّ المماثلة فى بيع التمر بالتمر مُعتبرةٌ حالةَ الادّخار ، وبيعُ الرُّطب بمثله تمراً يُفضى إلى فوات ذلك ، فأمّا إن اشتراها بخَرْصِها رُطَباً لم يَجُز . وهذا أحدُ الوجوه لأصحاب الشافعىّ . والثانى : يجوز . والثالث : لا يجوز مع اتفاق النوع ، ويجوز مع اختلافه. ووجه جوازه : ما رَوى الجَوْزَجانِىّ عن أبى صالح ، عن الليث ، عن ابن شهاب ، عن سالم ، عن ابن عمر ، عن زيد بن ثابت ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنَّه أرْخَصَ بَعْدَ ذَلِكَ فِى بَيْعِ العَرِيَّةِ بالرُّطَبِ ، أوِ التَّمْرِ . وَلَمْ يُرَخِّصْ فِى غَيْرِ ذَلِكَ » ولأنّه إذا جاز بيعُ الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص فى ثانى الحال . فلأن يجوز مع عدم ذلك أولى .

ولنا : ما روَى مُسلم بإسناده ، عن زيد بن ثابت « أنّ رَسُولَ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْه وسَلَّمَ أرْخَص فى العَرايَا أنْ تُؤخَذَ بِمِثْلِ خَرْصِها تَمراً » وعن سهل بن أبى حَثْمَة « أنّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلم نَهى عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ بالتَّمْرِ ، وقال : ذَلِك الرِّبَا ، تِلْكَ المُزَابَنَةُ » إلاّ أنه رخّص فى العريّة : النخلة والنخلتين ، يأخذُها أهلُ البيت بخَرْصِها تمراً ، يأكُلُونها رُطباً . ولأنه بيعٌ يجب فيه مِثلُه تمراً ، فلم يجز بيعهُ بمثله رُطباً ، كالتمر الجافّ ، ولأنّ من له رطب ، فهو مُستَغنٍ عن شراء الرُّطَبِ بأكلِ ماعِنْدَهُ . وبيع العرايا يُشترط فيه حاجةُ المشترى على ماأسلفناه . وحديث ابن عمر شكّ فى الرُّطب والتمر . فلا يجوز العملُ به مع الشكّ سيّما وهذه الأحاديثُ تبيّنه وتُزيل الشكّ .

٢٨٦٥ (فصل) ويُشترط فى بيع العرايا التقابُض فى المجلس . وهذا قول الشافعىّ ولا نعلم فيه مُخالفاً . لأنه بيعُ تمرٍ بتمرٍ ، فاعتُبر فيه شروطه ، إلا ما استثناه الشرعُ ممّا لا يمكن اعتبارُه فى بيع العرايا ،

والقبض فى كلّ واحد منهما على حَسَبه ، فى التمر . ا كتياله ، أو نقله . وفى الثمرة : التّخلية ، وليس من شروطه حضور التّمر عند النخيل ، بل لو تبايعا بعد معرفة التمر ، والثمرة ، ثم مضيا جميعاً إلى النخلة ، فسلمّها إلى مُشتريها ، ثمّ مشياً إلى التّمر فتسلّمه من مُشتريها ، أو تسلّم التمر ، ثم مَضَيا إلى النخلة جميعاً ، فسلّمها إلى مشتريها ، أو سلّم النخلة ، ثمّ مضيا إلى التمر ، فتسلّمه جاز . لأن التفرّق لا يحصُل قبل القبض .

إذا ثبت هذا فإنّ بيع العَرِيَّةِ يقعُ على وجهين :

أحدهما : أن يقول : بِعْتك ثمرةَ هذه النخلة بكذا ، وكذا من التمر ، ويصفُه .

والثانى : أن يكيل من التمر بقدر خَرْصِها ، ثمّ يقول : بعتُكَ هذا بهذا ، أو يقول : بعتُك ثمرةَ هذه النخلة بهذا التمر ، ونحو هذا . وإن باعه بمعيّن ، فقَبْضُه بنقله ، وأخذه ، وإن باعه بموصوف فقَبْضُه با كتياله .

الفصل الخامس : أنه لا يجوز بيعُها إلا لمحتاج إلى أكلها رُطَباً . ولا يجوز بيعها لغَنِىّ . وهذا أحدُ قولى الشافعىّ . وأباحها فى القول الآخر مُطلقاً لكلّ أحدٍ ، لأنّ كلّ بيع جاز للمحتاج جازللغنىّ ، كسائر البيَاعاتِ ، ولأنّ حديث أبى هريرة وسهل مُطلقان .

ولنا : حديثُ زيد بن ثابت حين سأله محمودُ بن لبيد . « مَا عَرَايَا كُمْ هَذِهِ ؟ فَسَمَّى رِجَالاً مُحْتَاجِينَ مِنَ الْأَنْصارِ شَكَوْا إلىَ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّمَ : أَنَّ الرُّطَبَ يَأْتِى وَلَا نَقْدَ بِأَيْدِيهِمْ يَبْتَاعُونَ بِهِ رَطَباً يَأْكُلُونَهُ ، وَعِنْدَهُم فُضُولٌ مِنْ التَّمْرِ فَرَخَّصَ لَهُمْ أَنْ يَبْتَاعُوا العَرَايَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ يَأْكُلُونَهُ رُطَباً » ومتى خولف الأصلُ بشرط لم تجزْ مخالفته بدون ذلك الشرط.ولأن ما أبيح للحاجة لم يُبَحْ مع عدمها ، كالزكاة للمساكين . والترخّص فى السفر . فعلى هذا : متى كان صاحبها غير محتاج إلى أكل الرطب ، أو كان محتاجاً ومعه من الثمن ما يشترى به العَرِيّة . لم يجُز له شراؤها بالتمر ، وسواء باعها لواهبها تحرّزاً من دخول صاحب العَرِيّة حائطَهُ كمذهب مالك ، أو لغيره . فإنه لا يجوز . وقال ابن عقيل : يُباح . ويحتمله كلام أحمدَ . لأن الحاجة وجُدت من الجانبين . فجاز ، كما كان للمشترى مُحتاجاً إلى أكلها .

ولنا : حديث زيد الذى ذكرناه . والرُّخْصَةُ لمعنىً خاصّ لا تَثبُتُ مع عدمه . ولأنّ فى حديث زيد وسهل « يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطَباً » ولو جاز لتخليص المُعْرِى لما شُرط ذلك .

فيُشترط إذاً فى بيع العريّة شروط خمسة : أن يكون فيما دون خَمْسة أوسُق ، وبيعُها بخرصها من التمر ، وقبضُ ثمنها قبل التفرُّق ، وحاجةُ المشترى إلى أكل الرُّطَب ، وأن لا يكون معه ما يشترى به سوى التمر ، واشترط القاضى وأبو بكر شرطاً سادساً، وهو حاجةُ البائع إلى البيع .واشترط الخِرَقىّ : كونَها موهوبةً لبائعها . واشترط أصحابُنا لبقاء العقد : أن يأكلها أهلُها رُطَباً . فإن تركها حتى تصير تمراً بطَل العقدُ . وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

٢٨٦٦ « مسألة » قال ﴿ فإن تركه المشترى حتى يُتْمِرَ بطَلَ العقدُ ﴾ .

يعنى إن لم يأخذها المشترى رُطَباً بطل العقدُ ، خلافا للشافعىّ فى قوله : لا يبطُل ، وعن أحمد : مثلهُ . لأنّ كلّ ثمرةٍ جاز بيعها رُطباً لا يبطُل العقدُ إذا صارت تمراً كغير العَرِيّة .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطَباً » ولأنّ شراءها إنما جاز للحاجة إلى أكل الرُّطب ، فإذا أتمَرَتْ تبينّا عدم الحاجة ، فيبطلُ العقدُ . ثم لا فرق بين تركه لغناه عنها ، أو مع حاجته إليها ، أو تركها لعُذر ، أو لغير عذر ، للخبر . ولو أخذها رُطباً فتركها عنده فأتمرَتْ ، أو شمّسها حتىّ صارت تمراً ، جاز . لأنه قد أخذها . ونُقل عن أحمد روايةٌ أخرى فيمن اشترى ثمرةَ قبل بدوّ صَلاَحِها ، ثم تركها حتىّ بدا صلاحُها . لا يبطُل البَيْعُ. فَيُخَرَّجُ ههنا مثلُه . فإن أخذ بعضها رُطباً ، وترك باقيها حتى أتمر ، فهل يبطُل البيعُ فى الباقى ؟ على وجهين .

٢٨٦٧ (فصل) ولا يجوز بيع العَرِيّة فى غير النخيل . وهو اختيارُ ابن حامد ، وقول الليث ابن سعد إلاّ أن يكون مما ثمرتُه لا يجرى فيها الرّبا . فيجوز بيعُ رُطبها بيابسها ، لعدم جريان الرّبا فيها . ويحتمل أن يجوز فى العنب ، والرُّطب دون غيرهما . وهو قول الشافعىّ . لأن العنب كالرُّطب فى وجوب الزكاة فيهما ، وجواز خَرْصِهِمَا وتوسيقهما[1] ، وكثرة تَيْبِيسِهما ، واقتياتهما فى بعض البُلدان ، والحاجة إلى أكل رطبهما ، والتنصيص على الشىء يوجب ثبوتَ الحكم فى مثله . ولا يجوزُ فى غيرهما لاختلافها فى أكثر هذه المعانى . فإنّه لا يمكن خَرْصُها لتفرّقها فى الأغصان ، واستتارها بالأوراق ، ولا يُقتاتُ يابسها . فلا يُحتاج إلى الشراء به . وقال القاضى : يجوز فى سائر الثمار . وهو قول مالك ، والأوزاعىّ ، قياساً على ثمرة النخيل .

ولنا : ما رَوى الترمذىّ « أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم نَهَى عَنِ الْمُزَابَنَةِ : التَّمْرِ بِالتَّمْرِ ، إلاَّ أَصْحَابَ الْعَرَايَا ، فإنّه قَدْ أَذِنَ لَهُم . وَعَنْ بَيْعِ الْعِنَبِ بِالزَّبِيبِ ، وكُلِّ ثَمَرَةٍ بِخَرْصِهَا » وهذا حديث حسن . وهذا يدل على تخصيص العرِيّة بالتمر. وعن زيد بن ثابت ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَنّهُ رَخّصَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي بَيْعِ الْعَرِيَّةِ بِالرُّطَبِ ، أو بالتَّمْرِ . ولم يُرَخِّصْ فِي غَيْرِ ذَلِكَ » وعن ابن عمر قال « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْمُزَابَنَةِ ، والْمُزَابَنَةُ بَيْعُ ثَمَرِ النَّخْلِ بالتَّمْرِ كَيْلاً ، وَبَيْعُ الْعِنَبِ بالزَّبِيبِ كَيْلاً ، وعَنْ كُلِّ ثَمَرٍ بِخَرْصِهِ » ولأن الأصل يقتضى تحريمَ بيع العَرِيّة ، وإنما جازت فى ثمرة النخيل رُخْصةً . ولا يصحّ قياسُ غيرها ، عليها ، لوجهين .

---

(١) توسيقهما : تقديرهما بالوسق ، وهو ستون صاعاً .

أحدهما : أن غيرها لا يساويها فى كثرة الاقتيات بها ، وسهولة خَرْصها ، وكون الرّخصة فى الأصل لأهل المدينة ، وإنما كانت حاجتُهم إلى الرطب دون غيره .

الثانى : أن القياس لا يُعمل به إذا خالف نصّاً . وقياسُهم يُخالف نصوصاً غير مخصوصة ، وإنما يجوز التخصيص بالقياس على المحلّ المخصوص . ونهى النبىّ صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب بالزبيب لم يدخُله تخصيصٌ ، فيقاس عليه . وكذلك سائر الثمار . والله أعلم .

باب بيع الأصول والثمار

٢٨٦٨ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ ومن باع نخلا مُؤَبَّراً — وهو ما قد تَشَقَّق طلعُه ، فالثمرةُ للبائع متروكةٌ فى النخل إلى الجِزَاز ، إلاّ أن يشترطها المُبتاع ﴾ .

أصل الإبَار عند أهل العلم : التلقيحُ . قال ابن عبد البرّ : إلاّ أنه لا يكون حتى يتشقّقَ الطلعُ وتظهر الثمرةُ ،فعبّر به عن ظهور الثمرة ، للزومه منه . والحكم متعلّق بالظهور ، دون نفس التلقيح ، بغير اختلاف بين العلماء ، يقال: أَبَرْتَ النخلةَ بالتخفيف والتشديد ، فهى مؤبّرة ومأبورةٌ . ومنه قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « خَيْرُ المَالِ : سِكَّةٌ مَأبُورَةٌ » والسكة : النخلُ المصفوف . وأَبَرْتُ النخلة آبرُها أبْراً، وَإباراً ، وأبرّتها تأبيراً ، وتأبّرَتِ النخلةُ وائتَبَرَتْ ، ومنه قول الشاعر :

* تأبَّرِى يا خِيَرَةَ الفَسِيلِ[1] *

وفسّر الخرقىّ المؤبّر : بما قد تشقّق طلعُه . لتعلّق الحكم بذلك ، دون نفس التأبير . قال القاضى : وقد يتشقق الطلع بنفسه ، وقد يَشُقُّه الصّعاد[2] فيظهرُ . وأيّهما كان فهو التأبير المرادُ ههنا . وفى هذه المسألة فصول ثلاثة :

(الأول) أن البيع متى وقع على نخل مُثْمِرٍ ، ولم يشترط الثمرة ، وكانت الثمرة مُؤَبَّرة فهى للبائع . وإن كانت غيرَ مُؤَبّرة فهى للمشترى . وبهذا قال مالك ، والليث ، والشافعىّ . وقال ابن أبى ليلى : هى للمشترى فى الحالين . لأنّها متّصلة بالأصل اتصالَ خِلْقَةٍ . فكانت تابعةً له ، كالأغصان ، وقال أبو حنيفة ، والأوزاعىّ : هى للبائع فى الحالين . لأن هذا نماء له حَدّ ، فلم يتبعْ أصلَه فى البيع ، كالزرع فى الأرض .

ولنا : قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « مَنِ ابْتَاعَ نَخْلاً بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَثَمَرَتُهَا لِلّذى بَاعَهَا ، إلاّ أَنْ يَشْتَرِطَ المُبتاعُ » متفق عليه ، وهذا صريح فى ردّ قول ابن أبى ليلى، وحُجّةٌ علىأبى حنيفة ، والأوزاعىّ

---

(١) الفسيل : صغار النخل ، واحدته فسيلة .

(٢) الصعاد : الطلاع الذى يطلع فوق النخلة ليؤبرها .

بمفهومه . لأنه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة . فيكون ما قبله المشترى ، وإلاّ لم يكن حداً ، ولا كان ذكر التأبير مفيداً . ولأنه نماء كامنٌ لظهوره غايةٌ . فكان تابعاً لأصله قبل ظهوره ، وغيرَ تابع له بعد ظهوره ، كالحمل فى الحيوان . فأما الأغصانُ فإنّها تدخُل فى اسم النخل ، وليس لانفصالها غايةٌ . والزرعُ ليس من نماء الأرض . وإنما هو مُودَع فيها .

(الفصل الثانى) أنه متى اشترطها أحدُ المتبايعين فهى له ، مؤبّرةً كانت أو غيرَ مؤبّرة ، البائع فيه والمشترى سواء . وقال مالك : إن اشترطها المشترى بعد التأبير جاز . لأنه بمنزلة شرائها مع أصلها ، وإن اشترطها البائعُ قبل التأبير لم يجُز . لأن اشتراطه لها بمنزلة شرائه لها قبل بُدُوّ صلاحها ، بشرط تركها .

ولنا : أنه استثنى بعضَ ما وقع عليه العقدُ وهو معلوم . فصحّ ، كما لو باع حائطاً واستثنى نخلةً بعينها . ولأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ الثُّنْيَا[1] إلاّ أنْ تُعْلَمَ » ولأنّه أحدُ المتبايعين ، فصحّ اشتراطه للثمرة ، كالمشترى . وقد ثبت الأصلُ بالاتفاق عليه . وبقوله عليه السلام « إلاّ أنْ يَشْتَرِطها المُبْتَاعُ » ولو اشترط أحدُهما جزءاً من الثمرة معلوماً ، كان ذلك كاشتراط جميعها فى الجواز ، فى قول جمهور الفقهاء . وقولِ أشهب من أصحاب مالك . وقال ابن القاسم : لا يجوزُ اشتراط بعضها . لأن الخبر إنّما ورد باشتراط جميعها .

ولنا : أن ما جاز اشتراطُ جميعه جاز اشتراطُ بعضه ، كمدّة الخيار . وكذلك القولُ فى مال العبد إذا اشترط بعضه .

(الفصل الثالث) أن الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها فى الشجر إلى أوان الجزاز ، سواء استحقّها بشرطه ، أو بظهورها . وبه قال مالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة : يلزمهُ قطعُها وتفريغ النخل منها . لأنه مَبيعٌ مشغولٌ بملك البائع . فلزم نقلهُ وتفريغه ، كما لو باع داراً فيها طعامٌ ، أو قماش له .

ولنا : أن النقل والتفريغ للمَبيع على حسَب العُرف ، والعادة ، كما لو باع داراً فيها طعامٌ لم يجب نقلهُ إلاّ على حسب العادة فى ذلك . وهو أن ينقله نهاراً ، شيئاً بعد شىء . ولا يلزمهُ النقلُ ليلاً ، ولا جمعُ دوابّ البلدِ لنقله . كذلك ههنا يفرّغ النخل من الثمرة فى أوان تفريغها . وهو أوانُ جِزَازِها . وقياسهُ حُجّةٌ لنا لما بيّنّاه .

إذا تقرر هذا : فالمرجعُ فى جَزّهِ إلى ماجرت به العادةُ . فإذا كان المبيعُ نخلاً فحين تتناهى حلاوةُ ثمره ، إلاّ أن يكون مما بُسْرُه خيرٌ من رُطَبه ، أو ما جرت العادةُ بأخذه بُسْراً . لأن هذا هو العادةُ ،

---

(١) الثنيا : الاستثناء .

فإذا استحكمت حلاوتُه فعليه نقله . وإن قيل : بقاؤه في شجره خيرٌ له وأبقى ، فعليه النقلُ ، لأن العادة في النقل قد حصلت . وليس له إبقاؤه بعد ذلك . وإن كان المبيعُ عِنَباً أو فاكهةً سِوَاهُ ، فأخذُه حين يتناهى إدراكُه ، وتَسْتَحكِمُ حلاوتُه ، ويُجَزّ مثله . وهذا قول مالك ، والشافعيّ .

٢٨٦٩ (فصل) فإن أبرّ بعضه دون بعض . فالمنصوصُ عن أحمد : أن ما أُبِّر للبائع ، وما لم يؤبَّر المشتري . وهو قول أبي بكر ، للخبر الذي عليه مَبْنَى هذه المسألة . فإن صريحه . أن ما أُبِّر للبائع . ومفهومُه : أن ما لم يؤبَّر للمشتري . وقال ابن حامد : الكلّ للبائع . وهو مذهب الشافعيّ . لأنّا إذا لم نجعل الكلَّ للبائع أدّى إلى الإضرار باشتراك الأيدي في البُستان . فيجبُ أن يُجعل ما لم يؤبّر تبعاً لما أُبِّر ، كثمر النخلة الواحدة ؛ فإنه لا خلاف في أن تأبير بعض النخلة يجعلُ جميعَها للبائع ، وقد يتبعُ الباطنُ الظاهرَ منه ، كأساسات الحيطان . تتبعُ الظاهر منه . ولأنّ البستان إذا بدا صلاحُ ثمرة منه جاز بيعُ جميعها ، بغير شرط القطع . كذا ههنا . وهذا من النوع الواحد . لأنّ الظاهر : أن النوع الواحد يتقاربُ ، ويتلاحَقُ . فأما إن أبّر لم يتبعه النوع الآخرُ . ولم يَفرق أبو الخطاب بين النوع ، والجنس كلّه . وهو ظاهر مذهب الشافعيّ . لأنه يُفضي إلى سوء المشاركة ، واختلاف الأيدي ، كما في النوع الواحد .

ولنا : أن النوعين يتباعدان ، ويتميَّزُ أحدُهما من الآخر ، ولا يُخشى اختلاطهما ، واشتباههما . فأشبها الجنسين . وما ذكره يَبْطُل بالجنسين ، ولا يصحّ القياسُ على النوع الواحد لافتراقهما . فيما ذكرناه . ولو باع حائطين قد أبّر أحدهما لم يتبعه الآخرُ ، لأنه يُفضي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي ، لانفراد كلّ واحدٍ منهما عن صاحبه . ولو أُبّر بعض الحائط فأفرد بالبيع ما لم يؤبَّر ، فللمبيع حكمُ نفسه ، ولا يتبع غيرَه . وخرّج القاضي وجهاً في أنه يتبع غَير المبيع ، ويكون للبائع . لأنه قد ثبت للحائط كلّه حكمُ التأبير . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعيّ ، ولا يصحّ هذا . لأن المبيع لم يؤبَّر منه شيء . فوجب أن يكون للمشتري بمفهوم الخبر ، وكما لو كان مُنفرداً في بُستان وحده . ولأنه لا يُفضي إلى سوء المشاركة ، ولا اختلاف الأيدي ولا إلى ضرر . فبقي على حكم الأصل . فإن بيعت النخلةُ ، وقد أبّرت كلّها ، أو بعضُها ، فأطلعتْ بعدَ ذلك فالطلعُ للمشتري . لأنه حدثَ في مِلْكه . فكان له ، كما لو حدث بعد جَزاز الثمرة . ولأن ما أطْلَع بعد تأبير غيره لا يكادُ يشتبه به ، لتباعد ما بينهما .

٢٨٧٠ (فصل) وطلع الفُحَّال[1] كطَلْع الإناثِ . وهو ظاهرُ كلام الشافعيّ . ويحتمل أن يكون طلع الفُحّال للبائع قبل ظهوره . لأنه يُؤخَذُ للأكل قبل ظهوره . فهو كثمرة لا تخلَقُ إلا ظاهرةً ، كالتين . ويكون ظهور طلعه كظهورِ ثمرةِ غيره .

---

(١) الفحّال : بضم الفاء وتشديد الحاء ، ذكر النخل كالفحل .

ولنا : أنها ثمرةُ نخلٍ إذا تُركت ظهرتَ ، فهى كالإِناث ، أو يدخلُ فى عموم الخبر . وما ذكر للوجه الآخر لا يصلُح . فإن أكله ليس هو المقصود منه . وإنما يراد للتلقيح به ، وهو يكون بعد ظهوره . فأشبه طلعَ الأناث ، فإن باع نخلاً فيه فُحّال ، وإناثٌ لم يُشقّق منه شىء . فالكلّ للمشترى ، إلاّ على الوجه الآخر ، فإن طلعَ الفُحّالِ يكون للبائع . وإن كان قد تشقّق طلعُ أحد النوعين دون الآخر ، فما تشقّق فهو للبائع ، وما لم يتشقّق للمشترى ، إلا عند من سَوّى بين الأنواع كلِّها . وإن تشقّق طلعُ بعض الأناث ، أو بعض الفُحّال ، فالذى قد ظهر للبائع ، وما لم يظهر على ما ذكرنا من الاختلاف فيه .

٢٨٧١ (فصل) وكلّ عقد معاوضة يجرى مجرى البيع فى أن الثمرة المؤبّرة تكونُ لمن انتقل عنه الأصلُ ، وغيرُ المؤبّرة لمن انتقل إليه ، مثلُ أن يُصْدِقَ المرأة نَخْلاً ، أو يَخْلَعها بِهِ ، أو يجعله عِوضاً فى إجارَة ، أوعقد صُلْحٍ . لأنّه عقدُ معاوضة . فجرى مجرى البيع . وإن انتقل بغير مُعاوضة كالهبة والرَّهن ، أو فُسخ لأجل العيب ، أو فَلَس المشترى ، أو رجوع الأب فى هبته لولده ، أو تقايَلا المَبِيعَ ، أو كان صَدَاقاً رجع إلى الزوج لفسخ المرأة النّكاح ، أو نصفُه لطلاق الزوج . فإنّه فى الفسخ يتبع الأصل ، سواء أبّر أو لم يُؤبّر . لأنه نماء متّصل . فأشبه السِّمَن ، وفى الهبة والرهن حكمهما حكمُ البيع فى أنّه يتبع قبل التأبير ، ولا يتبع فيما بعده . لأن الملك زال عن الأصل بغير فسخ . فكان الحكم فيه ما ذكرناه كالبيع . وأما رجوع البائع لفلَسِ المشترى ، أو الزوج لانفساخ النّكاح فيذكران فى بابيهما .

٢٨٧٢ « مسألة » قال ﴿ وكذلك بيعُ الشجر إذا كان فيه ثمر بادٍ ﴾

وجملة ذلك : أن الشجر على خمسة أضرب :

أحدها : ما يكون ثمرُه فى أكمامه ، ثم تتفتّح الأكمامُ فيظهرُ ، كالنخل الذى وردت السُّنّة فيه ، وبيّنّا حكمه ، وهو الأصلُ . وما عداه مقيس عليه ، ومُلحَقٌ بِهِ . ومن هذا الضرب : القطن ، وما يُقصد نَوْرُه ، كالورد ، والياسمين ، والنرجس ، والبنفسَج ، فإنه تظهر أكمامُه ، ثم تتفتّح ، فيظهرُ . فهو كالطلع إن تفتّح جُنْبُذُهُ[1] فهو للبائع ، وإلا فهو للمشترى .

الثانى : ما تظهر ثمرتُه بارزةً لا قِشْر عليها ، ولا نَوْرَ ، كالتين ، والتوت ، والجُمّيز . فهى للبائع . لأن ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور الطلع من قِشْره .

الثالث : ما يظهر فى قشره ، ثم يبقى فيه إلى حين الأكل ، كالرمّان ، والمَوْز . فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور . لأن قشره من مصلحته . ويبقى فيه إلى حين الأكل . فهو كالتين . ولأن قشره يُنزّل منزلةَ أجزائه ، للزومه إيّاه ، وكونه من مصلحته .

---

(١) جنبذه : الجنبذ : ما يغطى الثمرة فهو كالقبة فوقها وفى النخل هو جماره .

الضرب الرابع : ما يظهر فى قشرين ، كالجوز ، واللوز . فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور . لأن قشره لا يزول عنه غالباً إلا بعد جِزازه . فأشبه الضرب الذى قبله . ولأن قشر اللوز يُؤكل معه . فأشبه التين . وقال القاضى : إن تشقَّق القِشرُ الأعلى فهو للبائع . وإن لم يتشقق فهو للمشترى ، كالطلع . ولو اعتُبر هذا لم يكن للبائع إلا نادراً . ولا يصحّ قياسه على الطلع . لأن الطلع لا بدّ من تشققه ، وتشقّقه من مصلحته ، وهذا بخلافه . فإنه لا يتشقق على شجره ، وتشققه قبل كماله يُفسده .

الخامس : ما يظهر نَوْرُه ، ثم يتناثر ، فتظهر الثمرةُ ، كالتّفاح ، والمشمش والإجّاص[1] والخوخ . فإذا تفتّح نورُه ، وظهرت الثمرة فيه فهى للبائع ، وإن لم تظهر فهى للمشترى ، وقيل : ما تناثر نوره فهو للبائع ، وما لا فهو للمشترى . لأنّ الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور . وقال القاضى : يحتمل أن تكون للبائع بظهور نَوْره . لأن الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر . فإن العُقَد التى فى جوف الطلع ليست عينَ الثمرة . وإنما هى أوعية لها ، تكبَر الثمرة فى جوفها ، وتظهر ، فتصير العُقدةُ فى طَرَفها ، وهى قُمع الرّطبة ، وقول الخرقىّ يقتضى ما قلناه . لأنه علّق استحقاق البائع لها بكون الثمر بادياً لا ببدُو نَوْرَه ، ولا يبدو الثمر حتى يتفتّح نورُه ، وقد يبدو إذا كبر قبل أن ينثر النّورُ . فتعلّق ذلك بظهوره ، والعنب بمنزلة ماله نَوْرٌ . لأنه يبدو فى قُطوفهِ شىء صغارٌ ، كحبّ الدُّخنِ ، ثم يتفتّح ، ويتناثر ، كتناثرُ النَّوْرِ ، فيكون من هذا القسم . والله أعلم . وهذا يفارق الطلع . لأن الذى فى الطلع عينُ الثمرة ينمو ، ويتغيّر ، والنور فى هذه الثمار يتساقَطُ ويذهب ، وتظهر الثمرة ، ومذهب الشافعىّ فى هذا الفصل جميعه كما ذكرنا ههنا ، أو قريباً منه . وبينهما اختلافٌ على حسب ما ذكرنا من الخلاف ، أو قريباً منه .

٢٨٧٣ فصل فأما الأغصان ، والورق ، وسائر أجزاء الشجر ، فهو للمشترى بكلّ حال . لأنه من أجزائها خُلِق لمصلحتها ، فهو كأجزاء سائر المبيع . ويحتمل أن يكون ورق التوت الذى يُقصد أخذه لتربية دود القزّ إن تفتّح فهو للبائع ، وإلاّ فهو للمشترى . لأنه بمنزلة الجنبذ الذى يتفتّح فيظهر نَوْرُه من الورد ، وغيره . وهذا فى المواضع التى عادتهم أخذ الورق[2] وإن لم تكن عادتهم ذلك ، فهو للمشترى ، كسائر ورق الشجر . والله أعلم .

(فصل) وإذا كانت الثمرة للبائعُ مُبقّاةً فى شجر المشترى ، فاحتاجت إلى سقى . لم يكن للمشترى منعُه منه . لأنه يبقى به . فلزمه تمكينُه منه ، كتركه على الأصول . وإن أراد سقيَها من غير حاجةٍ فللمشترى منعُه منه ، لأنّه بسقيه يتضمن التصرّف فى ملك غيره . ولأن الأصل منعُه من التصرّف فى ملك

---

(١) الكمثرى ، أو فاكهة شبيهة بها .

(٢) يعنى : أن العقد تتبع العرف والعادة فى كل جهة بحسبها .

غيره . وإنما أباحته الحاجةُ ، فإن لم توجد الحاجة ، يبقى على أصل المنع . فان احتاجت إلى السقى وفيه ضرر على الشجر ، أو احتاج الشجرُ إلى سقى يضرّ بالثمرة . فقال القاضى : أيّهما طلب السقى لحاجته أُجْبِرَ الآخرُ عليه . لأنه دخل فى العقد على ذلك : فانّ المشترى اقتضى عقدُه تبقيةَ الثمرة ، والسقىُ من تبقيتها ، والعقدُ اقتضى تمكين المشترى من حفظ الأصول وتسليمها . فلزم كلّ واحد منهما ما أوجبه العقدُ للآخر ، وإن أضرّ به . وإنما له أن يسقىَ بقدر حاجته . فان اختلفا فى قدر الحاجة رُجع إلى أهل الخِبْرة ، وأيّهما التمس السقى فالمؤنةُ عليه . لأنه لحاجته .

٢٨٧٤ (فصل) فان خيف على الأصول الضرُر بتبقية الثمرة عليها ، لعطشٍ أو غيره ، والضرُر يسيرٌ لم يُجبرَ على قطعها . لأنها مستحِقّة للبقاء ، فلم يُجبَرْ على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره . وإن كان كثيراً فخيف على الأصول الجفافُ ، أو نقصُ حملها ففيه وجهان . أحدهما : لا يُجبَر أيضا لذلك . الثانى : يُجبر على القطع ، لأنّ الضرر يَلْحَقُها . وإن لم تقطع والأصول تسلم بالقطع ، فكان القطعُ أولى . وللشافعىّ قولان كالوجهين .

٢٨٧٥ (فصل) وإذا باع شجراً فيه ثمر للبائع ، فحدثت ثمرةٌ أخرى ، أو اشترى ثمرةً فى شجرها ، فحدثت ثمرةٌ أخرى . فان تميّزتا فلكلّ واحد ثمرتُه . وإن لم تتميّز إحداهما من الأخرى فهما شريكان فيهما ، كلٌّ واحد بقدر ثمرته . فإن لم يعلم قدر كل واحد منهما اصطلحا عليها ، ولا يبطُل العقدُ . لأنّ المبيعَ لم يتعذّر تسليمُه ، وإنما اختلط بغيره ، فهو كما لو اشترى طعاماً فى مكان فانثال عليه طعامٌ للبائع ، أو انثال هو على طعامِ البائع ، ولم يُعرف قدرُ كلّ واحد منهما . ويُفارق هذا ما لو اشترى ثمرةً قبلُ بدوّ صلاحها ، فتركها حتى بدا صلاحُها ، أو اشترى عَرِيّةً فتركها حتى أثمرت . فإن العقد يبطُل فى إحدى الروايتين ، لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهى ، وكونه يُتّخذُ حيلة على شراء الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها ، أو شراء الرطب بالتمر من غير كيل ، من غير حاجة إلى أكله رُطَباً . وههنا ما ارتكب نهياً ، ولا يجعل هذا طريقاً إلى فعل المحرّم . وجمع أبو الخطّاب بينهما فقال : فى الجميع روايتان : إحداهما يبطُل . وقال القاضى : إن كانت الثمرةُ للبائع فحدثت ثمرةٌ أخرى ، قيل لكلّ واحد : اسمح بنصيبك لصاحبك ، فان فعله أحدُهما أقررنا العقدَ ، وأجْبرْنا الآخرَ على القبول . لأنه يزولُ به النزاع . وإن امتنعا فسخْنا العقْد لتعذّر وصول كلّ واحد منها إلى قَدْر حقّه . وإن اشترى ثمرةً أخرى لم نقل للمشترى : اسمح بنصيبك . لأن الثمرة كلّ المَبِيع . فلا يُؤْمَرُ بتخليته كلّه ، ونقول للبائع ، ذلك . فإن سمح بنصيبه للمشترى أجبرناه على القبول ، وإلاّ فُسخ البيعُ بينهما ، وهذا مذهب الشافعىّ . قال ابن عقيل : لعلّ هذا قولٌ لبعض أصحابنا . فإننى

لم أجده مَعزِيًّا[1] إلى أحمد . والظاهرُ أن هذا اختيار القاضى . وليس بمذهب لأحمد . ولو اشترى حِنطةً فانثالت عليها أخرى لم ينفسخ البيعُ . والحكم فيه كالحكم فى الثمرة تحدُث معها أخرى . والله أعلم .

٢٨٧٦ (فصل) إذا باع الأرض وفيها زرعٌ لا يُحصد إلا مرّةً ، كالحنطة ، والشعير ، والقطَانىِّ ، وما المقصود منه مُستَتِرٌ ، كالجزَرِ ، والفُجْلِ ، والبَصَل ، والثوم ، وأشباهها ، فاشترطهُ المشترى . فهو له قَصيلاً[2] كان أو ذا حَبٍّ ، مستتراً أو ظاهراً ، معلوماً أو مجهولا . لكونه دخل فى البيع للأرض . فلم يضرَّ جهلُه ، وعدمُ كماله ، كما لو اشترى شجرةً فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها . وإن أطلق البيعَ فهو للبائع . لأنه مُودَعٌ فى الأرض ، فهو كالكنز والقُماش . ولأنه يُراد للنقل . فأشبه الثمرة المؤبَّرة ، وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعىّ . ولا أعلم فيه مخالفاً . ويكون للبائع مُبَقًّى فى الأرض إلى حين الحصاد بغير أجرةٍ . لأن المنفعة حصلت مُسْتَثْنَاةً له ، وعليه حصادهُ فى أوّل وقتِ حصاده . وإن كان بقاؤه أنفعَ له ، كقولنا فى الثمرة . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : عليه نقلُه عقيب البيع ، كقوله فى الثمرة . وقد مضى الكلامُ فيها . وهكذا قال الحكم فى القَصَب الفارسىّ . لأن له وَقتاً يُقطع فيه ، إلا أن العُروق تكون للمشترى . لأنها تُترك فى الأرض للبقاء فيها . والقصبُ نفسه كالثمرة ، وإن لم يظهر منه شىء فهو للمشترى . وأما قصب السكّر فإنَّه يُؤخذ مرّةً واحدةً ، فهو كالزرع فإن حصده قبل الحصاد لينتفع بالأرض فى غيره لم يملك الانتفاع بها . لأن منفعتها إنما حصلت مُستثناةً عن مقتضى العقد ضرورةَ بقاء الزرع . فتقدَّر ببقائه ، كالثمرة على الشجرة ، وكما لو كان المبيع طعاماً لا يُنقل مثلُه عادةً إلا فى شهر ، لم يكلَّف إلا ذلك ، فإن تكلَّف نقلَه فى يوم واحد لينتفع بالدار فى غيره لم يجُز ، كذلك ههنا . ومتى حصد الزرع وبقيت له عَروق تستضرّ بها الأرض ، كعروق القطن والذرة . فعلى البائع إزالتُها ، وإن تحفّرت الأرض فعليه تسويةُ حُفَرها . لأنه استصلاح لملكه ، فصار كما لو باع داراً فيها خابيَةٌ[3] كبيرةٌ لا تخرُج إلا بهَدْمِ باب الدار ، فهدَمَها . كان عليه الضمانُ ، وكذلك كلّ نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك الآخَرِ من غير إذنِ الأول ، ولا فعلٍ صدر عنه النقصُ ، واستند إليه . كان الضمانُ على مُدْخِل النقص .

٢٨٧٧ (فصل) وإن باع أرضاً وفيها زرعٌ يُجَزّ مرّةً بعد أخرى ، فالأصول للمشترى ،

---

(١) هكذا بالأصل ، والصواب معزوّا ، لان عزا واوى الآخر .

(٢) القصيل : ما يقطع من الزرع أخضر قبل نموه ، والمراد هنا أن الزرع الذى اشترطه للمشترى يكون له بأى حال سواء كان أخضر لم يتم فيه الحب ، أو كان نامياً ظهر فيه الحب .

(٣) الخابية : الجرّة الكبيرة .

والجَزَّةُ الظاهرة عند البيع للبائع ، سواء كان مما يُبَقّى سَنةً كالهِنْدِبَا ، والبُقول ، أو أكثرَ كالرَّطبة . وعلى البائع قطعُ ما يستحقه منه فى الحال فإنه ليس لذلك حدٌّ ينتهى إليه ، ولأن ذلك يطولُ ويُخرِج غيرَ ما كان ظاهراً . والزيادة من الأصول التى هى ملك للمشترى ، وكذلك إن كان الزرعُ مما تُتكرَّر ثمرتُه. كالقِثّاء ، والخيار ، والبطّيخ ، والباذنجان ، وشبهه . فهو للمشترى ، والثمرةُ الظاهرة عند البيع للبائع . لأن ذلك مما تتكرّر الثمرةُ فيه . فأشبه الشجر ، ولو كان مما تُؤخذ زهرتُه وتَبقَى عروقه فى الأرض ، كالبنفسج ، والنرجس . فالأصول للمشترى. لأنه جُعل فى الأرض للبقاء فيها ، فهو كالرَّطبة . وكذلك أوراقه وغُصونه . لأنه لا يقصد أخذه ، فهو كورق الشجر وأغصانه . وأما زهرتُه فإن كانت قد تفتّحت فهى للبائع ، وإلا فهى للمشترى ، على ما ذكرناه فيما مضى . واختار ابن عقيل فى هذا كلّه : أن البائع إن قال : بعتك هذه الأرض بحقوقها دخل فيها ، وإن لم يقُل بحقوقها ، فهل يدخُل ؟ على وجهين كالشجر .

٢٨٧٨ (فصل) وإذا اشترى أرضاً فيها بَذرٌ فاستحقّ المشترى أصلَه ، كالرطبة والنعناع ، والبقول التى تُجَزّ مرّةً بعد أخرى، فهو له . لأنه تُرك فى الأرض للتبقية ، فهو كأصول الشجر . ولأنه لو كان ظاهراً كان له . فالمستتر أولى ، سواء عَلِقت عروقه فى الأرض أولا . فإن كان بذراً لما يستحقُّه البائع فهو له ، إلا أن يشترطه المبتاع ، فيكون له . وقال الشافعىّ : البيعُ باطلٌ . لأن البذر مجهولٌ ، وهو مقصود .

ولنا : أن البذر يدخُل تبعاً فى البيع ، فلم يضرّ جهلُه ، كما لو اشترى عبداً ، فاشترط ماله.ويجوز فى التابع من الغرر ما لا يجوز فى المتبوع ، كبيع اللبن فى الضرع مع الشاة ، والحمل مع الأم ، والسقوف فى الدار ، وأساسات الحيطان تدخلُ تبعاً فى البيع ، ولا تضرُّ جهالتها ، ولا تجوز مُفردةً ، وإن لم يعلم المشترى بذلك فله الخيار فى فسخ البيع وإمضائه . لأنه يُفوِّتُ عليه منفعةَ الأرض عاماً . فإن رضى البائع بتركه للمشترى أو قال : أنا أحوّله ، وأمكنَهُ ذلك فى زمن يسير لا يضرُّ بمنافع الأرض فلا خيار للمشترى . لأنه أزال العيب بالنقل ، أو زاده خيراً بالترك ، فلزمه قبولُه . لأن فيه تصحيحاً للعقد . وهذا مذهب الشافعىّ . وكذلك لو اشترى نخيلاً فيه طلعٌ فبان أنه مُؤبَّر فله الخيار . لأنهُ يفوِّت المشترى ثمرةَ عامِهِ ، ويضرّ بقاؤها بنخله . فإن تركها له البائع لم يكن له خيار . فإن قال : أنا أقطعُها الآن لم يسقُط خياره بذلك ، لأن ثمرة العام تفوتُ سواء قطعها ، أو تركها . وإن اشترى أرضاً فيها زرع للبائع ، أو شجراً فيه ثمرٌ للبائع ، والمشترى جاهلٌ بذلك يظنّ أن الزرع والثمر له . فله الخيار أيضا ، كما لو جهل وجودَه ، لأنه إنما رضى ببذل ماله عوضا عن الأرض ، والشجر ، بما فيهما ، فإذا بان خلاف ذلك ينبغى أن يثبُت له الخيار ، كالمشترى

المعيب بظنه صحيحا وإن اختلفا فى جهله لذلك. فالقول قول المشترى، إذا كان ممن يجهل ذلك، لكونه عاميًّا، فإنّ هذا مما يجهله كثير من الناس. وإن كان ممّن يعلم ذلك لم يُقبل قوله. لأن الظاهر أنه لا يجهله.

٢٨٧٩ (فصل) إذا باعه أرضاً بحقوقها دخل ما فيها من غِراس، وبناء فى البيع. وكذلك إذا قال. رهنتُك هذه الأرض بحقوقها. دخل فى الرهن غِرَاسها، وبناؤها، وإن لم يقل بحقوقها، فهل يدخُل الغِراسُ، والبناء فيهما؟ على وجهين. ونصّ الشافعىّ على أنهما يدخلان فى البيع دون الرهن. واختلف أصحابهُ فى ذلك. فمنهم من قال فيهما جميعاً قولان. ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى، فيستتبعُ البناء والشجرَ، بخلاف الرهن، ومنهم من قال: إنّهما سواء. لأن ما تبع فى البيع تبع فى الرهن، كالطرق والمنافع. وفيهما جميعا وجهان:

أحدهما: يدخل البناء والشجر. لأنهما من حقوق الأرض. ولذلك يدخلان إذا قال: بحقوقها، وما كان من حقوقها يدخُل فيها بالاطلاق، كطرقها ومنافعها.

والثانى: لا يدخلان. لأنهما ليسا من حقوق الأرض. فلا يدخلان فى بيعها ورهنها، كالثمرة المؤبرة. ومن نصر الأول فرق بينهما بكون الثمرة تُراد للنقل، وليست من حقوقها، بخلاف الشجر والبناء. فإن قال: بعتك هذا البُستان دخل فيه الشجر. لأن البستان اسم للأرض والشجر والحائط. ولذلك لا تُسمّى الأرض المكشوفة بُستاناً. قال ابن عقيل: ويدُخل فيه البناء، لأنّ ما دخل فيه الشجرُ دخل فيه البناء، ويحتمل أن لا يدخل.

٢٨٨٠ (فصل) وإن باعه شجرا لم تدخُل الأرضُ فى البيع ذكره أبو إسحاق ابن شاقلا. لأن الاسم لا يتناولها، ولا هى تبع للمبيع.

٢٨٨١ (فصل) وإن قال: بعتُك هذه القرية فإن كانت فى اللفظ قرينةٌ، مثل المساومةِ على أرضها، أو ذكرِ الزرع والغَرس فيها، وذكرِ حدودها، أو بَذلَ ثمنٌ لا يصلح إلا فيها، وفى أرضها. دخل فى البيع. لأن الاسم يجوز أن يُطلق عليها مع أرضها، والقرينة صارفةٌ إليه، ودالّة عليه. فأشبه ما لو صرّح به، وإن لم يكن قرينةٌ تَصْرِفُ إلى ذلك فالبيع يتناول البيوتَ، والحِصْنَ الدائرَ عليها. فإنّ القرية اسمٌ لذلك. وهو مأخوذ من الجمع. لأنه يجمَعُ الناس، وسواء قال: بحقوقها، أو لم يقل. وأما الغِرَاسُ بين بُنيانها فحكمُهُ حكمُ الغراس فى الأرض، إن قال: بحقوقها دخل، وإن لم يقل: فعلى وجهين.

٢٨٨٢ (فصل) وإن باعه داراً بحقوقها تناول البيعُ أرضها وبناءها، وما هو متّصل بها، مما هو من مصلحتها، كالأبواب المنصوبة، والخوابى المدفُونَةِ، والرّفوف المسمّرة، والأوتاد المغروزة، والحَجَر المنصوب من الرّحا، وأشباه ذلك، ولا يدخُل فى البيع ماليس من مصالحها، كالكنز، والأحجار

المدُفونة . لأن ذلكُ مودَعٌ فيها للنقل عنها . فأشبه الفَرْشَ والسُّتور ، ولا ما كان منفصلا عنها يختصّ بمصلحتها ، كالفرش والستور ، والطعام ، والرفوف الموضوعة على الأوتاد ، بغير تسمير ، ولا غَرْز فى الحائط ، والدلو ، والبكرة ، والقُفل ، وحَجَر الرَّحَى ، إذا لم يكن واحدٌ منهما منصوباً ، والخوابى الموضوعةُ من غير أنْ يُطيَّن عليها ، ونحوه . لأنه منفصل عنها لا يختصّ بمصلحتها . فأشبه الثياب . وأما ما كان من مصالحها لكنّه منفصل عنها ، كالمفتاح ، والحَجَر الفوقانىّ من الرحا ، إذا كان السُّفلانىُّ منصوباً ، فيحتمل وجهين :

أحدهما : يدخل فى البيع . لأنه لمصلحتها . فأشبه المنصوب فيها :

والثانى : لايدخُل . لأنه منفصل عنها . فأشبه السُّفلانىّ إذا لم يكن منصوباً ، والقُفل ، والدلو ، ونحوه ومذهب الشافعىّ فى هذا كمذهبنا سواء .

٢٨٨٣ (فصل) وما كان فى الأرض من الحجارة المخلوقة فيها ، أو مبنى فيها ، كأساسات الحيطان المتهدِّمة ، فهى للمشترى بالبيع ، لأنّه من أجزائها ، فهى كحيطانها ، وترابها ، والمعادن الجامدة فيها ، والآجرّ كالحجارة فى هذا ، وإذا كان المشترى عالماً بذلك فلا خيار له . وإن لم يكن عالماً به ، وكان ذلك يضرّ بالأرض ، وينقصُها كالصخر المُضِرّ بعروق الشجر فهو عيبٌ . وللمشترى الخيارُ بين الفسخ وأخذ الثمن ، أو الإمساك وأخذ أرْشِ العَيب ، كما فى سائر المبيع . فأما إن كانت الحجارة أو الآجرّ مُودَعاً فيها للنقل عنها ، فهى للبائع ، كالكنز ، وعليه نقلُها وتسويةَ الأرض إذا نقلها ، وإصلاحُ الحفَر . لأنه ضرر لحق لاستصلاح ملكه فكان عليه إزالته . وإن كان قلعها يضرّ بالأرض أو تتطاول مدّته ، ولم يكن المشترى عالماً . فله الخيار ، كما ذكرنا . لأنه عيب . وإن لم يكن فى نقلها ضررٌ ، ويُمكن نقلُها فى أيام يسيرة ، كالثلاثة ، فما دون ، فلا خيار له . وله مطالبةُ البائع بنقلها فى الحال . لأنه لا عُرف فى تبقيتها ، بخلاف الزرع . وإن كان عالماً بالحال ، فلا خيار له ، ولا أُجرَة فى الزمان الذى نُقلت فيه لأنه علم بذلك ، ورضى : فأشبه ما لو اشترى أرضاً فيها زرع . وإن لم يعلم ، واختار إمساك المبيع ، فهل له أُجْرَةٌ لزمان النقل ؟ على وجهين :

أحدهما : له ذلك . لأن المنافع مضمونة على المُتلِف . فكان عليه بدلُها كالأجزاء .

والثانى : لا يجب . لأنه لمّا رضى بإمساك المبيع رضى بتلف المنفعة فى زمان النقل . فان لم يختر الإمساك فقال البائع : أنا أدعُ ذلك لك ، وكان مما لا ضرر فى بقائه لم يكن له خيارٌ . لأن الضرر زال عنه .

٢٨٨٤ (فصل) فإن كان فى الأرض معادنُ جامدة ، كمعادن الذهب ، والفضّة ، والحديد ، والنحاس والرصاص ، ونحوها ، دخلت فى البيع ، ومُلكت بملك الأرض التى هى فيها . لأنها من أجزائها . فهى

كترابها وأحجارها ، ولكن لا يُباع معدن الذهب بذهب ، ولا معدن الفضّة بفضّة . ويجوز بيعُهما بغير جنسها . وإن ظهر فى الأرض معدن لم يَعلم البائع به ، فله الخيار . لأنه زيادة لم يعلم بها . فأشبه مالو باعه ثوباً على أنه عشرة ، فبان أحدَ عشر . هذا إذا كان قد ملك الأرض ، بإحياء ، أو إقطاع . وقد رُوى « أَنَّ وَلَدَ بِلال بن الحارث بَاعوا عُمَر بن عَبْدِالعَزِيز أرضاً فَظَهَر فيها مَعْدِنٌ ، فَقَالوا : إِنَّمَا بِعْنَا الأَرْضَ وَلَمْ نَبِعِ المَعْدِنَ . وأَتَوا عُمَر بن عَبْدِ العَزِيز بِالكتابِ الَّذِي فِيهِ قَطِيعَة النبيّ صَلّى الله عَلَيهِ وسَلّم لأَبِيهِم . فَأَخَذَهُ عُمَر فَقَبَّله ، وردّ عَلَيْهِمُ المَعْدِنَ » وإن كان البائع مَلَكَ الأض بالبيع احتمل أن لا يكون له خيار . لأن الحقّ لغيره ، وهو المالك الأول ، واحتمل أن يكون له الخيار ، كما لو اشترى معيباً ، ثم باعه ، ولم يعلم عَيبه . فإنه يستحقّ الردّ عليه وإن كان قد باعه مثلَ ما اشتراه . وقد رَوى أبو طالب عن أحمد : أنه إذا ظهر المعدن فى مِلكه مَلَكه . وظاهر هذا : أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خياراً ، لأنه من أجزاء الأرض . فأشبه ما لو ظهر فيها حجارةٌ لها قيمةٌ كبيرة .

٢٨٨٥ (فصل) وإذا كان فى الأرض بئرٌ وعين مُستنبطةٌ فنفس البئر ، وأرضُ العين مملوكةٌ لمالك الأرض ، والماء الذى فيها غيرُ مملوك . لأنه يجرى من تحت الأرض إلى مِلكه . فأشبه الماء الجارىَ فى النهر إلى مِلكه . وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىّ

والوجه الآخر : يدخل فى الملك لأنه نماءُ الملك . وقد رُوى عن أحمد ما يدل على أنه يُملك ، فإنه قال فى رجل له أرضٌ ولآخرَ ماء فيشترك صاحب الأرض وصاحب الماء فى الزرع ، ويكون بينهما ؟ فقال : لا بأس ، اختاره أبو بكر . وهذا يدلّ على أنّ الماء مملوك لصاحبه ، وفى معنى الماء المعادن الجاريةُ فى الأملاك ، **كالقار ، والنفْط ، والمُومياء ، والملح . وكذلك الحكمُ فى النابت فى أرضه من الكلأ ، والشوْك . ففى كلّ ذلك يخرجُ على الروايتين فى الماء ، والصحيح : أن الماء لا يُملك، فكذلك هذه. قال أحمد : لا يُعجبنى** بيع الماء البتة . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن قوم بينهم نهر تَشرَبُ منه أرضُوهم لهذا يومٌ ، ولهذا يومان ، يتفقون عليه بالحِصص فجاء يومى ، ولا أحتاجُ إليه : أكْرِيه بدَراهِم ؟ قال : ما أدرى ، أما النبىّ صلى الله عليه وسلم فنهى عن بَيْع الماء . قيل ، إنّه ليس يبيعه ، إنّما يَكْرِيه ، قال : إنما احتالوا بهذا ليُحَسِّنُوه ، فأىّ شىء هذا إلا البيع ؟ وروى الأثرم بإسناده ، عن جابر ، وإياس بن عبد الله المزنىّ « أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نهى أن يُباع الماءُ » ورُوى أيضاً عن رجُلٍ من أصحاب النبىّ صلّى الله عليه وسلم : « المُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فى ثَلاَثٍ : الماء ، والنارِ ، والكَلأ » رواه أبو عُبَيْد فى كتاب الأموال ، فإذا قلنا : لا يملك، فصاحب الأرض أحقّ به من غيره ، لكونه فى مِلكه . فإن دخل غيرُه بغير إذنه . فأخذه مَلَكه . لأنه مُباح فى الأصل . فأشبه مالو عَشَّش فى أرضه طائر ، أو دخل فيها ظبى ، أو نَضَبَتْ

عن سمك ، فدخل إليه داخلٌ ، فأخذه، وأما ما يَحُوزه من الماء فى إنائه ، أو يأخذُه من الكلأ فى حَبْلِه ، أو يَحُوزه فى رَحْلِه ، أو يأخذه من المعادن ، فإنّه يملكه بذلك . وله بيعُه ، بلا خلاف ، بين أهل العلم ، فإن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « لَأَنْ يَأْخُذَ أَحَدُكُمْ حَبْلاً فَيأْخُذَ حُزْمَةً مِنْ حَطَبٍ ، فَيَبِيعَ فَيكُفَّ اللهُ بِهِ وَجْهَهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَسْأَلَ النَّاسَ أُعْطِىَ أَوْ مُنِعَ » رواه البخارىّ ، وروى أبو عُبَيْدٍ فى الأموال عن المشيخة « أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ بَيْعِ الماءِ إلا مَا حُمِلَ مِنْهُ » وعلى ذلك مضت العادةُ فى الأمصار ببيع الماء فى الرّوايا ، والحطب ، والكلأ من غير نكيرٍ ، وليس لأحد أن يشرب منه ، ولا يتوضّأ ، ولا يأخذ إلا بإذن مالكه . وكذلك لو وقف على بئره ، أو بئرٍ مُباحٍ ، فاستقى بدلوه ، أو بدولاب ، أو نحوه ، فما يُرْقيه من الماء فهو مِلْكُه ، وله بيعُه . لأنه ملكه بأخذه فى إنائه . قال أحمدُ . إنَّما نُهِى عن بيع فَضْلِ ماء البئر ، والعيون فى قَرارِه . ويجوز بيعُ البئرِ نَفْسِها ، والعين ، ومشتريها أحقّ بمائها . وقد رُوى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ يَشْتَرِى بِئْرَ رُومَةَ يُوَسِّعُ بِهَا عَلَى المُسْلِمِينَ ، ولهُ الجنّةُ — أو كما قالَ — فاشْتَراها عُثْمانُ ابنُ عَفَّانَ رَضِىَ اللهُ عَنْهُ مِنْ يَهُودِىٍّ بأمْرِ النبىِّ صلى اللهُ عليه وسلم ، وسبّلها لِلْمُسْلِمِينَ وَكَانَ اليَهُودِىُّ يَبِيعُ ماءها » ورُوى « أنّ عُثْمانَ اشْتَرَى مِنْهُ نِصْفَهَا باثْنَىْ عَشَرَ ألفاً ، ثم قال لليهودىّ : اخْتَرْ إمَّا أَنْ تَأْخُذَهَا يَوْماً وَآخُذُهَا أنا يَوْماً . وَإمَّا أنْ تَنْصِبَ لَكَ عَلَيْهَا دَلْواً ، وأَنْصِبُ عَلَيْهَا دَلْواً . فاختار يوماً ، ويوماً ، فكان الناسُ يَسْتَقُونَ مِنهاَ فى يوم عُثْمان لليومين ، فقال اليَهُودِىّ : أفسدتَ علىّ بئرى ، فاشتر باقيها . فاشتراه بثمانية آلافٍ » وفى هذا دليل على صحّة بيعها ، وتسبيلها ، وصحّة بيع ما يستقيه منها ، وجواز قسمة مائها بالمُهَايأة[1] ، وكون مالكها أحقّ بمائها ، وجواز قسمة ما فيه حقّ ، وليس بمملوك .

فأما المياه الجاريةُ فما كان نابعاً فى غير مِلك ، كالأنهار الكبار ، وغيرها لم تُملك بحال . ولو دخل إلى أرض رجل لم يملكه بذلك ، كالطير يدخُل إلى أرضه ، ولكلّ أحدٍ أخذهُ ولا يملكه إلاّ أن يجعل له فى أرضه مُسْتَقَراً كالبركة والقرار ، أو يحتفرُ ساقيةً يأخذُ فيها من ماء النهر الكبير . فيكون أحقّ بذلك الماء من غيره ، كنقع البئر ، وإن كان ما يستقرّ فى البركة لا يخرُج منها ، فالأولى أنه يملكه بذلك ، على ما سنذكره فى مياه الأمطار .

وما كان نابعاً أو مُسْتَنْبطاً كالقُنِى . فهو كنقع البئر ، وفيه من الخلاف مافيه ، فأما المصانع[2] المتخذَةُ لمياه الأمطار تُجْمَعُ فيها ، ونحوها من البرك ، وغيرها . فالأولى : أنه يملك ماءها ، ويصح بيعُه إذا كان

(١) المهايأة : قسمة الأيام فى السقى منها لكل واحد أو جماعة يوم أو أيام .

(٢) المصانع : جمع مصنع ، وهو كالحوض يجمع فيه ماء المطر .

معلوماً . لأنه مباحٌ حصَّله بشيء مُعَدٍ له ، فملكه ، كالصيد يحصُل في شبكته ، والسمك في بِرْكَةٍ مُعَدَّة له . ولا يجوز أخذ شيء منه ، إلاّ بإذن مالكه .

٢٨٨٦ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى الثمرة دون الأصل ، ولم يبدُ صلاحها ، على الترك إلى الجِزَازِ لم يَجزْ . وإن اشتراها على القطع جاز ﴾

لا يخلو بيع الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يشتريها بشرط التبقية . فلا يصحّ البيع إجماعاً . لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمارِ حَتّى يَبْدُوَ صَلاَحُها . نَهَى البَائعَ وَالمُبْتَاعَ » متفق عليه . والنهى يقتضى فساد المنهىّ عنه . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجُملة هذا الحديث .

(القسم الثانى) أن يبيعها بشرط القطع فى الحال . فيَصحّ بالإجماع . لأن المنع إنما كان خوفاً من تلف الثمرة ، وحدوث العاهة عليها قبل أخذها . بدليل ما روى أنس « أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمارِ حَتّى تَزْهُوَ . قال : أرَأيْتَ إذَا مَنَع اللهُ الثَّمَرَةَ ، بِمَ يَأْخُذُ أحَدُكُمْ مَالَ أخِيهِ ؟ » رواه البخارىّ . وهذا مأمون فيما يقطع ، فصحّ بيعُه كما لو بدا صلاحُه .

(القسم الثالث) أن يبيعها مُطلقاً . ولم يشترط قطعاً ، ولا تبقيته ، فالبيعُ باطل ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأجازه أبو حنيفة ، لأنّ إطلاق العقد يقتضى القطع ، فهو كما لو اشترطه قال : ومعنى النهى أن يبيعها مُدْرِكَةً قبلَ إدراكها ، بدلالة قوله « أرَأيْتَ إنْ مَنَع اللهُ الثَّمَرَةَ ، بِمَ يَأْخُذُ أحَدُكُمْ مَالَ أخِيهِ ؟ » فلفظة المنع تدلّ على أن العقد يتناول معنًى هو مفقودٌ فى الحال حتّى يُتصوَّر المنع .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم أطلق النهى عن بيع الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها . فيدخُل فيه محلّ النزاع . واستدلالهم بسياق الحديث يدلّ على هدم قاعدتهم التى قرروها فى أنّ إطلاق العقد يقتضى القطع ، ويقرّر ما قلنا : من أنّ إطلاق العقد يقتضى التبقية . فيصيرُ العقدُ المُطلقُ كالذى شُرِطَتْ فيه التبقية يتناولهما النهىُ جميعاً ، ويصحّ تعليلهما بالعلّة التى علّل بها النبىّ صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة ، وهلاكها .

٢٨٨٧ (فصل) وبيعُ الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب :

أحدها : أن يبيعها مُفرَدَةً لغير مالك الأصل ، فهذا الضربُ الذى ذكرنا حكمه وبيّنا بُطلانه .

الثانى : أن يبيعها مع الأصل . فيجوزُ بالإجماع ، لقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « مَن ابْتَاعَ نَخْلاً بَعْدَ أنْ تُؤَبَّرَ ، فَثَمَرَتُها لِلّذِى بَاعَهَا ، إلاّ أنْ يَشْتَرِطُ المُبْتَاعُ » ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً فى البيع ، فلم يضرّ احتمال الغرر فيها ، كما احتُمِلت الجهالةُ فى بيع اللبن فى الضرع مع بيع الشاة ، والنوى فى التمر مع التمر ، وأساسات الحيطان فى بيع الدار .

الثالث : أن يبيعها مُفرَدَةً لمالك الأصل ، نحو أن تكون للبائع ، ولا يشترطُها المُبتاع فيبيعُها له بعد ذلك ، أو يُوصى لرجل بثمرة نخلةٍ ، فيبيعُها لورثةِ المُوصِى : ففيه وجهان :

أحدهما : يصحّ البيع . وهو المشهور من قول مالك ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ . لأنه يجتمع الأصل والثمرة للمشترى ، فيصحّ كما لو اشتراهما معاً . ولأنّه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشترى على الكمال ، لكونه مالكاً لأصولها ، وقرارها . فصحّ كبيعها مع أصلها .

والثانى : لا يصحّ . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ . لأن العقد يتناول الثمرة خاصّة ، والغرر فيما يتناوله العقدُ أصلاً يمنع الصحة ، كما لو كانت الأصول لأجنبىّ ، ولأنها تدخلُ فى عموم النهى ، بخلاف ما إذا باعهما معاً ، فإنّه مستثنًى بالخبر المروىّ فيه . ولأن الغررَ فيما يتناوله العقدُ أصلاً يمنعُ الصحة ، وفيما إذا باعهما معاً تدخل الثمرة تبعاً ، ويجوز فى التابع من الغرر ما لا يجوز فى المتبوع ، كما يجوز بيعُ اللبن فى الضرع ، والحمل مع الشاة ، وغيرهما . وإن باعه الثمرة ، بشرط القطع فى الحال . صحّ وجهاً واحداً . ولا يلزم المشترىَ الوفاء بالشرط . لأن الأصل له .

٢٨٨٨ (فصل) ولا يجوز بيع الزرع الأخضر فى الأرض إلا بشرط القطع فى الحال ، كما ذكرنا فى الثمرة على الأصول . لما رَوى مسلم عن ابن عُمر « أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يُزْهِىَ ، وعن بيع السُّنْبُلِ حتى يَبْيَضّ ، ويأمنَ العاهَةَ . نَهَى البَائِعَ وَالمُشْتَرِى » قال ابن المنذر: لا أعلم أحداً يعدلُ عن القول به ، وهو قول مالك ، وأهل المدينة ، وأهل البَصْرة ، وأصحاب الحديث ، وأصحاب الرأى . فإن باعه مع الأرض جاز ، كبيع الثمرة مع الأصل ، وإن باعه لمالك الأرض ففيه وجهان على ما ذكرنا فى الثمرة تُباع من مالك الأصل . وقال أبو الخطاب : يجوز . وإن باعه إيّاه بشرط القطع جاز وجهاً واحداً . ولم يلزم المشترىَ الوفاء بالشرط . لأن الأصل له ، فهو كبيع الثمرة من مالك الأصل بشرط القطع . وإذا اشتدّ حبّ الزرع جاز بيعُه مطلقاً ، وبشرط التبقية ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم فى الحديث « حَتّى يَبْيَضّ » فجعل ذلك غايةَ المنع من بيعه ، فيدلّ على الجواز بعده . وفى رواية « نَهَى النبىُّ صلّى الله عليه وسلم عن بيع العِنَبِ حتّى يَسْوَدّ ، وعن بيع الحبّ حتى يَشْتَدّ » ولأنّه إذا اشتدّ حبّه بدا صلاحُه ، فصار كالثمرة إذا بدا صلاحُها . وإذا اشتدّ شىء من حبه جاز بيعُ جميع ما فى البستان من نوعه ، كالشجرة إذا بدا الصلاحُ فى شىء منها .

٢٨٨٩ (فصل) ذكره القاضى فى الصلح قال : وإذا اعترف لرجل بزرع ، ثم صالحه منه بعوض صحّ فيما يصحّ فى البيع . وبطل فيما يبطُل فيه . ولو ادّعى اثنان زرعاً فى يد آخر ؛ فأقرّ لهما به ، فالزرعُ بينهما نصفان . فإن صالح أحدُهما عن حقّه منه قبل اشتداد حبّه لم يجز ، سواء شرط القطعَ أو أطلقَ .

لأنه إن أطلق بطل . للنهى عن بيع المخاضرة[1] : وإن شرط القطع لم يمكنه قطع نصيبه إلا بقطع الزرع كله . وإن كانت الأرضُ للمقِرّ احتمل أن يصح ، واحتمل أن لا يصح بناء على الوجهين فيما إذا اشترى زرعا أخضر فى أرض مملوكة له . ولو كانت الأرضُ لرجل والزرعُ لآخرَ فقال أحدهما : صالحنى من نصف أرضى على نصف زرعك فيكون الزرعُ والأرض بيننا نصفين ، فإن كان بعد اشتداد حبّه جاز . لأنه يجوز بيعُه ، وإن كان قبل ذلك فهل يجوز ؟ على وجهين ، بناء على بيع الزرع من مالك الأرض ، وذلك لأنه يبيع نصف الزرع لمالك الأرض ، ويشترى منه نصف الأرض التى له فيها الزرع ، وإن شرطا فى البيع أن يقطعا الزرع جميعَه ويُسلّم الأرض فارغةً ، ففيه وجهان أيضاً .

أحدهما : يصح . لاشتراطهما قطع كل الزرع ، وتفريغَ الأرض منه ، واحتمل[2] أن يبطل ، لأنّ صاحب الأرض باعه نصفَ الأرض بشرط قطع زرع غيره ، ليُسَلّم إليه أرضه ، وإن قلنا : يصح . لم يلزم الوفاء بالشرط . لأنّ كل ، واحد منهما حصل زرعُه فى أرضه ، فلم يلزم قطعه .

٢٨٩٠ (فصل) وإذا اشترى رجلٌ نصف الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها ، أو نصفَ الزرع قبل اشتداد حبّه مُشاعاً لم يجُز ، سواء اشتراه من رجل ، أو من أكثر منه ، وسواء شرط القطع ، أو لم يشرطه ، لأنه لا يمكنه قطعُه إلاّ بقطع ما لا يملكه ، فلم يصح اشتراطُه .

٢٨٩١ (فصل) والقطنُ ضربان : أحدهما : ما له أصلٌ يبقى فى الأرض أعواماً : كالشجر تتكرّر ثمرته . فهذا حكمه حكم الشجر فى أنّه يصح إفرادُه بالبيع . وإذا بيعت الأرضُ بحقوقها دخل فى البيع ، وثمرُه كالطلع إن تفتح فهو للبائع ، وإلا فهو للمشترى .

والثانى : ما يتكرر زرعُه كلّ عام . فحكمه حكمُ الزرع ، ومتى كان جوزه ضعيفاً رطْباً لم يَقْوما فيه لم يجُز بيعُه إلاّ بشرط القطع ، كالزرع الأخضر . وإن قوى جوزُه واشتدّ جاز بيعُه بشرط التبقية ، كالزرع الذى اشتدّ حبّه ، وإذا بيعت الأرضُ لم يدخُل فى البيع ، إلاّ أن يشترطه المبتاع .

والباذنجان نوعان : أحدهما : ماله شجر تبقى أصوله ، وتتكررُ ثمرتُه . فهو كالشجر .

والثانى : ما يتكرر زرعه كلّ عام . فهو كالحِنْطة ، والشعير .

٢٨٩٢ « مسألة » ﴿ قال فإن تركها حتى يبدوَ صلاحُها بطل البيعُ ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن اشترى ثمرةً قبل بُدُوّ صلاحها ، فتركها حتّى بدا صلاحها . فنقل عنه حنبلُ ، وأبو طلب . أن البيع يبطُل . قال القاضى : هى أصح . فعلى هذا يردّ المشترى الثمرةَ إلى البائع ، ويأخذُ الثمن ، ونقل أحمدُ بن سعيد : أن البيعَ لا يبطُل . وهو قول أكثر الفقهاء . لأن

(١) المخاضرة بيع الثمار قبل بدو صلاحها .

(٢) احتمال البطلان هو الوجه الثانى ، ولم يعبر عنه المؤلف بلفظ الثانى ، فليتنبه إلى ذلك .

أكثرَ ما فيه أن المبيعَ اختلط بغيره . فأشبه ما لو اشترى ثمرةً ، فحدثت ثمرةٌ أخرى ، ولم تتميز ، أوحنطة فانثالت عليها أخرى ، أو ثوباً فاختلط بغيره ، ونقل عنه أبو داود فيمن اشترى قصيلاً ، فمرض ، أو توانى حتى صار شعيراً قال : إن أراد به حيلةً فسد البيعُ ، وإلا لم يفسُد . والظاهر : أن هذه ترجعُ إلى ما نقله ابن سعيد . فإنه يتعيّن حملُ ما نقله أحمدُ بن سعيد في صحة البيع على من لم يُردِ حيلةً . فإن أراد الحيلةَ ، وقصد بشرطه القطعَ الحيلةَ على إبقائه . لم يصحّ بحالٍ . إذ قد ثبت من مذهب أحمد : أن الحِيَل كلّها باطلةٌ .

ووجه الرواية الأولى : أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرةِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلَاحِهاَ » فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع فقطعه بالإجماع . فيبقى ما عداه على أصل التحريم . ولأن التبقية معنًى حرّم الشرع اشتراطه لحقّ الله تعالى فأبطل العقدَ وجودُه ، كالنسيئة فيما يحرُم فيه النّساء ، وترك التقابضِ فيما يُشترط فيه القبضُ ، أو الفضل فيما يجبُ التساوى فيه . ولأن صحة البيع تجعل ذلك ذَريعةً إلى شراء الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها ، وتركها حتّى يبدُوَ صلاحُها . ووسائلُ الحرام حرامٌ ، كبيع العِينَةِ[1] .

ومتى حكمنا بفساد البيع فالثمرة كلّها للبائع . وعنه أنّهما يتصدّقان بالزيادة . قال القاضى : هذا مستحبّ ، لوقوع الخلاف فى مستحِقّ الثمرة ، فاستُحِبّت الصدقةُ بها ، وإلا فالحقّ أنها للبائع ، تبعاً للأصل ، كسائر نماء المَبيع المتّصل إذا رُدّ على البائع بفسخ أو بُطلان ، ونقل ابن أبى موسى فى الإرشاد . أن البائع والمشترى يكونان شريكين فى الزيادة . وأما إن حكمنا بصحّة العقد . فقد رُوى أنهما يشتركان فى الزيادة ، لحصولها فى ملكهما . فإن ملك المشترى الثمرة ، وملك البائع الأصل ، وهو سببُ الزيادة . وقال القاضى : الزيادة للمشترى ، كالعبد إذا سَمِنَ وحُمل قول أحمد « يَشْتَرِكَان » على ، الاستحباب والأوّل أظهر . لما ذكرنا . فإنّ الزيادة حصلتْ من أصل البائع ، من غير استحقاق تركها . فكان فيها حقّ له ، بخلاف العبد إذا سمن ، فإنّه لا يتحقّق فيه هذا المعنى ، ولا يُشبهه ، ولا يصحّ حملُ قول أحمد على الاستحباب . فإنه لا يستحبّ للبائع أن يأخذَ من المشترى ما ليس بحقّ له ، بل ذلك حرام عليه . فكيف يكون مستَحَبًّا ؟ وعن أحمد : أنهما يتصدّقان بالزيادة . وهو قول الثورىّ ، ومحمد بن الحسن . لأن عين المبيع زاد بجهة محظورةٍ ، قال الثورىّ : إذا اشترى قَصِيلاً يأخذُ رأس مالهِ ، ويتصدّق بالباقى . ولأنّ الأمر اشتبه فى الزيادة ، وفى مستحقّها . فكان الأولى الصدقةُ بها . ويُشبه أن يكون هذا استحباباً . لأن الصدقة بالشبهات مستَحَبّة ، وإن أبيا الصدقة بها اشتركا فيها ، والزيادةُ هى ما بين قيمتها حين الشراء ، وقيمتها يوم أخذها. قال القاضى : ويحتملُ أنها ما بين قيمتها قبل بُدُوّ صلاحها ، وقيمتها بعده . لأن الثمرة قبلَ بُدُوّ صلاحها

(١) بيع العينة : بكسر العين وسكون الياء . أن يبيع التاجر سلعته بثمن الى أجل ثم يشتريها من المشترى بأقل من الثمن الذى باعها له به ، وإنما حرم هذا البيع لأنه حيلة على الربا .

كانت المشترى بتمامها ، لا حقّ للبائع فيها ، وقال الثوريّ : يأخذُ المشترى رأس ماله ، ويتصدّق بالباقى ، وكذلك الحكم فى الرطبة إذا طالت ، والزرع الأخضر إذا أدْجَنَ . وهذا فيما إذا لم يَقصد وقتَ الشراء تأخيرَه ، ولم يجعل شراءه بشرط القطع حيلةً على المنهى عنه ، من شراء الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها ، ليترُكها حتى يبدوّ صلاحُها . فأما إن قصد ذلك فالبيع باطل من أصله . لأنه حيلة محرّمة . وعند أبى حنيفة والشافعىّ : لا حكمَ لقصده . والبيعُ صحيح ، قصد أو لم يقصد . وأصلُ هذا الخلاف فى تحريم الحِيَل . وقد سبق الكلامُ فى هذا .

٢٨٩٣ « مسألة » قال ﴿ فإن اشتراها بعد أن بدا صلاحُها على الترك إلى الجِزَازِ جاز ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا بدا الصلاح فى الثمرة جاز بيعُها مُطلقاً ، وبشرط التبقية إلى حال الجِزَاز . وبشرط القطع . وبذلك قال مالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة وأصحابُه : لا يجوز بشرط التبقية إلاّ أنّ محمداً قال : إذا تناهى عِظَمُها جازَ واحتجّوا بأنّ هذا شرطُ الانتفاع بملك البائع على وجهٍ لا يقتضيه العقدُ فلم يَجُز ، كما لو شرط تبقية الطعام فى كُنْدُوجِه[1] .

ولنا : أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يَبْدُوَ صلاحُها . فمفهومه إباحةُ بيعها بعد بدوّ صلاحها . والمنهىّ عنه قبل بدوّ الصلاح عندهم البيعُ بشرط التبقية ، فيجبُ أن يكون ذلك جائزاً بعد بدوّ الصلاح ، وإلاّ لم يكن بدو الصلاح غايةً . ولا فائدةَ فى ذكره . ولأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَىَ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا ، وتَأْمَنَ العَاهَةَ » وتعليلُه بأمن العاهة يدلّ على التبقية . لأن ما يُقطع فى الحال لا يخاف العاهة عليه . وإذا بدا الصلاحُ فقد أُمِنَتْ العاهة . فيجب أن يجوز بيعُه مُبَقًّى لزوال علّة المنع . ولأن النقل والتحويل يجب فى المبيع بحكم العرف . فإذا شرطه جاز ، كما لو شرط نقل الطعام من مِلْك البائع حسبَ الإمكان . وفى هذا انفصال عما ذكروه .

٢٨٩٤ (فصل) ولا يختلف المذهبُ أنّ بدوّ الصلاح فى بعض ثمرة النخلة ، أو الشجرة صلاحٌ لجميعها . أعنى أنّه يُباح بيعُ جميعها بذلك . ولا أعلم فيه اختلافاً . وهل يجوز بيعُ سائر ما فى البُستان من ذلك النوع ؟ فيه روايتان . أظهرهما : جوازُه . وهو قول الشافعىّ ، ومحمد بن الحسن ، وعنه : لا يجوزُ إلا بيعُ ما بدا صلاحُه . لأنّ ما لم يبدُ صلاحُه داخلٌ فى عموم النهى . ولأنه لم يبدُ صلاحُه . فلم يجُز بيعُه من غير شرط القطع ، كالجنس الآخر ، وكالذى فى البستان الآخر ، ووجه الأولى : أنّه بدا الصلاحُ فى نوعه من البُستان الذى هو فيه . فجاز بيعُ جميعِه ، كالشجرة الواحدة . ولأن اعتبار بُدوّ الصلاح فى الجميع يَشقُّ . ويؤدّى إلى الاشتراك ، واختلاف الأيدى . فوجب أن يُتْبَعَ ما لم يبدُ صلاحُه من نوعه ، لما بدا ، على

(١) الكندوج : شبه المخزن ، وهو معرب (كندو).

ما ذكرنا فيما أُبِّر بعضُه دون بعض ، فأما نوع آخر من ذلك الجنس فقال القاضى : لا يتبعُه . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ . وقال محمد بن الحسن : ما كان متقارب الإدراك فبدوّ صلاح بعضه يجوز به بيعُ جميعه . وإن كان يتأخَّر إدراكُ البعض تأخيراً كثيراً . فالبيعُ جائز فيما أدرك . ولا يجوز فى الباقى . وقال أبو الخطّاب : يجوزُ بيعُ ما فى البستان من ذلك الجنس . وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعىّ . لأن الجنس الواحد يُضَمُّ بعضُه إلى بعض فى إكمال النصّاب فى الزكاة . فيتبعُه فى جواز البيع كالنوع الواحد . والأول أولى . لأن النوعين قد يتباعدُ إدراكُهما . فلم يتبع أحدُهما الآخرَ فى بُدُوّ الصلاح كالجنسين . ويُخالف الزكاة . فإن القصد هو الغِنَى من جنس ذلك المال ، لتقارب منفعته ، وقيامُ كلّ نوع مقام النوع الآخر فى المقصود . والمعنى ههنا : هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ، ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك ، واختلاف الأيدى . ولا يحصل ذلك فى النوعين . فصارا فى هذا كالجنس .

٢٨٩٥ (فصل) فأما النوع الواحد من بساتين فلا يتبعُ أحدُهما الآخَر فى جواز البيع ، حتّى يبدوَ الصلاحُ فى أحدهما ، متجاورَيْن كانا ، أو متباعدَيْن . وهذا مذهب الشافعىّ ، وحُكى عن أحمد روايةٌ أخرى : أن بدُوّ الصلاح فى شجرةٍ من القُراحِ[1] صلاحٌ له ولما قاربه . وبهذا قال مالك . لأنّهما يتقاربان فى الصلاح . فأشبها القراح الواحد . ولأن المقصود الأمن من العاهة ، وقد وُجد . والمذهبُ الأوّل . لأنه إنما جعل ما لم يبدُ صلاحه بمنزلة ما بدا ، وتابعاً له ، دفعاً لضرر الاشتراك ، واختلاف الأيدى ، وإلاّ فالأصلُ اعتبار كلّ شىء بنفسه . وما فى قراح آخرَ لا يُوجد فيه هذا الضرر : فوجب أن لا يتبع الآخرَ ، كما لو تباعدا وما ذكروه ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع . ولو بدا صلاح بعض النوع الواحد ، فأفرد بالبيع ما لم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يَجُز ، لدخوله تحت عموم النهى ، وبقدَّر قياسُه على الصورة المخصوصة من العموم . وهى ما إذا باعه مع ما بدا صلاحُه . لأنّه دخل جواز البيع تبعاً ، دفعاً لمضرة الاشتراك ، واختلاف الأيدى. ولا يوجدُ ذلك ههنا ، ولأنه قد يدخُل هم فى البيع تبعاً ما يجوزُ إفرادُه . كالثمرة تُباع مع الأصل ، والزرع مع الأرض ، واللبن فى الضرع مع الشاة . ويحتمل الجواز . لأن الكلّ فى حكم ما بدا صلاحُه . ولأنه يجوز بيعُه مع غيره . فجاز بيعُه مُفرداً ، كالذى بدا صلاحُه .

٢٨٩٦ (فصل) إذا احتاجت الثمرة إلى سقى لزم البائعَ ذلك . لأنه يجبُ عليه تسليمُ الثمرة كاملةً . وذلك يكون بالسقى .

فإن قيل : فلم قلتم : إنّه إذا باع الأصلَ وعليه ثمرةٌ للبائع لا يلزم المشترىَ سقيُها ؟

---

(١) القراح شجر له نوار أبيض ، وضرب من الكمأة .

قلنا : لأن المشتريَ لا يجبُ عليه تسليمُ الثمرة ، لأنّه لم يملكها من جهته ، وإنما بقى ملكه عليها ، بخلاف مسألتنا . فإن امتنع البائعُ من السقى لضررٍ يلحقُ بالأصل أُجْبِرَ عليه . لأنه دخل على ذلك .

٢٨٩٧ (فصل) ويجوز لمشترى الثمرة بيعُها فى شجرها . روى ذلك عن الزبير بن العوّام ، وزيد ابن ثابت ، والحسن بن أبى الحسن البصرىّ ، وأبى حنيفة ، والشافعىّ ، وابن المنذر ، وكرهه ابن عبّاس، وعِكْرِمَةُ ، وأبو سَلَمَةَ . لأنه بِيعَ له قبل قبضهِ ، فلم يجُز ، كما لو كان على وجه الأرض فلم يقبضه .

ولنا : أنه يجوز له التصرّف فيه . فجاز له بيعُه ، كما لو جزّه ، وقولهم : لم يقبضه ، لا يصحّ ، فإنّ قَبْضَ كلّ شىء بحَسَبِه . وهذا قبضه التخلية . وقد وجدت .

٢٨٩٨ « مسألة » قال ﴿ فإن كانت ثمرةَ نخلٍ ، فبدوُّ صلاحها أن تظهر فيها الُحمْرَةُ ، أو الصّفرة . وإن كانت ثمرةَ كَرْمٍ . فصلاحُها : أن تتموّه . وصلاحُ ما سِوَى النخل والكرم : أن يبدوَ فيها النّضْجَ ﴾.

وجملة ذلك : أن ما كان من الثمرة يتغيّر لونُه عند صلاحه، كثمرة النخل والعنب الأسود والأجّاص. فبدوّ صلاحه بذلك . وإن كان العنب أبيضَ . فصلاحُه بتموّهه[1] .وهو أن يبدو فيه الماءُ الحلو، ويلين، وَيصفَرّ لونُه ، وإن كان مما لا يتلوّن كالتفاح ونحوه فبأن يحْلُوَ ، أو يَطيبَ ، وإن كان بِطّيخاً أو نحوه . فبأن يبدو فيه النُّضجُ ، وإن كان ممّا لا يتغيّر لونُه ، ويؤكل طَيِّباً صِغاراً وكباراً ، كالقِثّاء ، والخيار . فصلاحُه : بلوغُه أن يُؤكل عادةً . وقال القاضى ، وأصحاب الشافعىّ : بلوغُه أن يتناهى عِظَمُه . وما قلناه أشبه بصلاحه مما قالوه . فإن بُدُوَّ صلاحِ الشىء ابتداؤه ، وتناهى عِظَمه آخِرُ صلاَحِه . ولأن بدوَّ الصلاح فى الثمر يسبقُ حال الجِزَازِ.فلا يجوّز أن يجعل بدوّ الصلاح فيما يُقاس عليه بسَبْقِهِ عادةً ،إلاّ أن يريدوا بتناهى عظمه انتهاءه إلى الحال التى جرت العادةُ بأخذه فيها . فيكون كما ذكرنا . وما قلنا فى هذا الفصل فهو قولُ مالكٍ ، والشافعىّ ، وكثير من أهل العلم ، أو مقاربٌ له : وقال عطاء : لا يُباع حتى يؤكلَ من الثمر قليلٌ ، أو كثير : ورُوِى نحوه عن ابن عمر ، وابن عبّاس ، ولعلّهم أرادوا صلاحه للأكل، فيرجع معناه إلى ما قلنا . فإنّ ابن عبّاس قال : « نَهَى رَسُولُ اللهِ صلى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّمَ عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَأْكُلَ مِنْهُ أَوْ يُؤْكَلَ » متفق عليه . وإن أرادوا حقيقةَ الأكل كان ما ذكرنا أولى . لأن ما رووه يحتمل صلاحَه للأكل . فيُحمل على ذلك موافقةً لأكثر الأخبار . وهو ما رُوِى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم « أنّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمرةِ حَتَّى تَطِيبَ » متفق عليه ، « ونَهَى أَنْ تباعَ الثمرةُ حتى تَزْهُوَ . قيل : وَما تَزْهُو ؟ قال : تَحْمارّ ، أو تَصْفَارّ » رواه البخارىّ ، ونهى عن بيع العنب حتى يَسودّ . رواه

(١) أى بظهور الماء فيه .

الترمذىّ ، وابن ماجه ، والأحاديثُ فى هذا كثيرة ، كلّها تدلّ على هذا المعنى .

٢٨٩٩ « مسألة » قال ﴿ ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان : وما أشبهه إلا لَقْطَةً لَقْطَةً ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجُز إلا بيعُ الموجود منها دون المعدوم ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . وقال مالك : يجوزُ بيعُ الجميع . لأن ذلك يشقّ تمييزُه ،فجُعل ما لم يظهر تبعاً لما ظَهر ، كما أنّ ما لم يبدُ صلاحُه تبعٌ لما بدا .

ولنا: أنها ثمرةٌ لم تخلَق ، فلم يجُز بيعُها ، كما لو باعها قبل ظهور شىء منها، والحاَجةُ تندفعُ ببيع أصوله. ولأنّ ما لم يبدُ صلاحه يجوز إفراده بالبيع ، بخلاف مالم يَخلق . ولأن ما لم يُخلق من ثمرة النخل لايجوزُ بيعُه تبعاً لما خُلق ، وإن كان ما لم يبدُ صلاحُه تبعاً لما بدا .

إذا تقرّر هذا ، فإن باعها قبل بُدوّ صلاحها لم يَجُز إلا بشرط القطع. فإن كان بعد بُدُوِّ صلاحها جاز مطلقاً . وبشرط القطع والتبقية ، على ما ذكرنا فى ثمرة الأشجار . وقد بينّا بماذا يكون بُدُوُّ صلاحه .

٢٩٠٠ (فصل) قال القاضى : ويصحُّ بيع أصول هذه البقول التى تتكرّر ثمرتُها من غير شرط القطع . وهو مذهبُ أبى حنيفة والشافعىّ ، ولا فرق بين كون الأصول صغاراً أو كباراً ، مُثمرةً أو غيرَ مُثمرةٍ ، لأنه أصل تكرر فيه الثمرة . فأشبه الشجر . فإن باع المثمر منه فثمرته الظاهرةُ للبائع ، متروكةٌ إلى حين بُلوغها ، إلاّ أن يشترطها المُبتاع . فإن حدثت ثمرةٌ أخرى فهى للمشترى . فإن اختلطت بثمرةِ البائع، ولم تتميّز . كان الحكم فيها كثمرة الشجرة إذا اختلطت بثمرة أخرى ، على ما مرّ حكمه .

٢٩٠١ (فصل) ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستورٌ فى الأرض ، كالجزَرِ والفُجْل ، والبَصَلِ ، والثُّوم ، حتى يُقْلَعَ ويُشَاهَدَ ، وهذا قول الشافعىّ ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، وأباحه مالك ، والأوزاعىّ ، وإسحاق ، لأن الحاجة داعيةٌ إليه . فأشبه بيعَ ما لم يَبْدُ صلاحُه تبعاً لما بدا .

ولنا : أنه مبيعٌ مجهول لم يره ، ولم يوصف له . فأشبه بيع الحَمَلِ . ولأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ » رواه مسلم . وهذا غرور ، وأما بَيْعُ ما لم يبدُ صلاحُه قلنا : جاز بيعُه ، لأن الظاهر أنّه يتلاحَقُ فى الصلاح ، ويتبع بعضُه بعضاً . فإن كان مما تُقصد فروعه ، وأصوله ، كالبصل المبيع أخضرَ : والكرّاث ، والفُجْلِ ، أو كان المقصودُ فروعه . فالأولى : جوازُ بيعه . لأن المقصود منه ظاهر . فأشبه الشجر ، والحيطان التىلها أساسات مدفونَةٌ . ويدخُل مالم يظهر فى البيع تبعاً . فلاتضر جهالته ، كالحمل فى البطن، واللبن فى الضرع مع الحيوان . وإن كان معظم المقصود منه أصولَه لم يجُزْ بيعهُ فى الأرض لأن الحكم للأغلب ، فإن تساويا لم يَجُز ، لأنّ الأصلَ اعتبارُ الشرط فى الجميع . وإنما سقط اعتبارُه فيما كان مُعْظَمُ المقصود منه ظاهراً تبعاً . ففيما عداه يبقى على الأصل .

٢٩٠٢ (فصل) ويجوز بيع الجوز ، واللوز ، والباقلى الأخضر فى قشرته ، مقطوعاً ، وفى شجره ، وبيعُ الحبّ المشتدّ فى سُنْبله ، وبيعُ الطّلْع قبل تَشقُّقِه ، مقطوعاً على وجه الأرض ، وفى شجره . وبهـذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال الشافعىّ لا يجوزُ حتى يُنزَع عنه قشرُه الأعلى ، إلاّ فى الطلع ، والسُّنْبُل فى أحدالقولين . واحتجّ بأنه مستورٌ بما لا يدّخرُ علمه ، ولامصلحة فيه . فلم يجُز بيعُه ، كتراب الصاغة ، والمعادن ، وبيع الحيوان المذبوح فى سَلْخِه[1] .

ولنا : أن النبىّ صلىّ الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا . وَعَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ ، وَيَأْمَنَ العَاهَةَ » فمفهومه إباحةُ بيعه إذا بدا صلاحُه ، وابيضّ سُنبله ، ولأنه مستور بحائل من أصل خِلْقته ، فجاز بيعهُ ، كالرمّان ، والبَيْض ، والقِشْر الأسفل ولا يصحّ قولهم : ليس من مصلحته . فإن لاقوامَ له فى شَجَره إلاّ به . والباقلى يؤكَلُ رَطْباً ، وقشرُه يحفَظ رُطوبَتَهُ . ولأن الباقلى يُباع فى أسواق المسلمين من غير نَكِيرٍ . فكان ذلك إجماعاً . وكذلك الجوز ، واللوز فى شجرهما ، والحيوانُ المذبوحُ يجوز فى سَلْخِه . فإنّه إذا جاز بيعُه قبل ذبحه ، وهو يُراد للذابح ، فكذلك إذا ذُبح ، كا أن الرمّانة إذا جاز بيعُها قبل كسرها ، فكذلك إذا كُسِرَتْ ، وأما تراب الصاغة ، والمعدِن ، فلنا فيهما منعٌ . وإن سُلّم فليس ذلك من أصل الخِلْقة . وفى تراب الصاغة ، ولا بقاؤه فيه من مصلحته ، بخلاف مسألتنا .

٢٩٠٣ « مسألة » قال ﴿ وكذلك الرَّطْبة كلّ جزّةٍ ﴾ .

وجملة ذلك : أن الرطبة وما أشبهها مما تثبت أصوله فى الأرض ، ويُؤخَذُ ما ظهر منه بالقطع دفعةً بعدَ دَفْعة ، كالنعناع ، والهندبا ، وشبههما . لايجوزُ بيعُه إلاّ ان يبيع الظاهر منه بشرط القطع فى الحال . وبذلك قال الشافعىّ ورُوى ذلك عن الحسن وعطاء . ورخّص مالك فى أن يشترى جَزّتَين ، وثلاثاً . ولا يصحّ ، لأنّ ما فى الأرض منه مستورٌ ، وما يحدُث منه معدوم ، فلا يجوز بيعُه ، كما لا يجوز بيعُ ما يحدُث من الثمرة . فإذا ثبت هذا : فمتى اشتراها قبلُ لم يجز له إبقاؤها . لأن مالم يظهر منها أعيانٌ لم يتناولها البيعُ ، فيكون ذلك للبائع إذا ظهر . فيُفضى إلى اختلاط المبيع بغيره ، والثمرة بخلاف ذلك . فإن أخّرها حتى طالت ، فالحكم فيها كالثمرة إذا اشتراها قبل بدوّ صلاحها ، ثم تركها حتى بدا صلاحُها .

٢٩٠٤ (فصل) وإن اشترى قَصِيلاً من شعير ، ونحوه ، فقطعه ، ثم عاد فنبتَ ، فهو لصاحب الأرض . لأن المشترىَ ترك الأصلَ على سبيل الرفض لها . فسقط حقّه منها ، كما يسقُط حقّ صاحب الزرع من السنابل التى يُخلّفها ، ولذلك أُبيحَ لكلٍّ التقاطُها . ولو سقط من الزرع حبّ ، ثم نبت من العام المقبل ، فهو لصاحب الأرض . نصّ أحمدُ على هاتين المسألتين . ومما يؤكّد ما قلنا : أن البائع لو أراد

(١) أى فى جلده .

التصرُّف فى أرضه بعد فصل الزرع بما يُفسد الأصولَ ويقلَعُها . كان له ذلك ، يملك المشترى منعَه منه ، ولو كان الباقى مستحَقًا له لمَلَك منعه منه .

٢٩٠٥ « مسألة » قال ﴿ والحصاد على المشترى . فإن شرطه على البائع بطل البيع ﴾

الـكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

الأول : أن من اشترى زرعا ، أو جَزَّةً من الرَّطْبَة ، ونحوها ، أو ثمرةً فى أصولها فإنّ حصاد الزرع وجَذّ الرَّطْبَة وجِزَازَ الثَّمَرة وقَطْعَها على المشترى . لأنّ نقل المبيع وتفريغ ملك البائع منه على المشترى ، كنَقْل الطعام المبيع من دارِ البائع . ويُفارق الـكيلَ والوزنَ . فإنّهما على البائع . لأنهما من مُؤنة التسليم إلى المشترى ، والتسليمُ على البائع ، وههنا حصل التسليمُ بالتخلية بدون القطع . بدليـل جواز بيعها ، والتصرّف فيها . وهذا مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعى . ولا أعلمُ فيه مخالفاً .

الفصل الثانى : إذا شرطه على البائع . فاختلفت أصحابنا . فقال الخِرَقىّ : يبطل البيع . وقال ابن أبى موسى : لا يجوزُ . وقيل يجوز . فإن قلنا : لايجوز فهل يبطل البيعُ لبطلان الشرط ، على روايتين ، وقال القاضى : المذهبُ جوازالشرط . ذكره ابن حامد ، وأبو بكر . ولم أجد هذا الذى ذكره الخِرقىّ روايةً فى المذهب، واختلف أصحابُ الشافعىّ أيضاً . فقال بعضهم : إذا شرط الحصاد على البائعُ فسد البيع قولاً واحداً ، وقال بعضهم : يـكون على قولين . فمن أفسد[1] قال : لا يصحّ لثلاثةِ مَعانٍ . أحدها . أنه شرط العمل فى الزرع قبل أن يملـكه . والثانى : أنه شرط مالا يقتضيه العقدُ . والثالث : أنه شرط تأخير التسليم . لأن معنى ذلك تسليمُه مقطوعاً ، ومن أجازه قال : هذا بيع ، وإجارة . لأنه باعه الزرعَ ، وآجره نفسَه على حَصادِه : وكلّ واحد منهما يصحّ إفرادُه بالعقد . فإذا جمعها جاز ، كالعينين . وقولهم : شرطَ العمل فيما لا يملـكه يبطُل بشرط رهن المبيع على الثمن فى البيع . والثانى : يبطُل بشرط الرهن ، والـكفيل ، والخيار . والثالث : ليس بتأخير ، لأنه يمـكنه تسليمُه قائماً . ولأن الشرط من المتسلّم . فليس ذلك بتأخير التسليم ، فإذا فسدت هذه المعانى صحّ لما ذكرناه .

فإن قيل : فالبيعُ يُخالف حكمُهُ حكمَ الإجارة . لأن الضمان ينتقِلُ فى البيع بتسليم العين ، بخلاف الإجارة . فـكيفَ يصحّ الجمعُ بينهما ؟

قلنا : كما يصحّ بيعُ الشِّقْص والسيف ، وحكمهما مختلف . فإن الشُّفْعة تثبتُ فى الشِّقْص دون السيف . ويجوز الجمع بينهما . وقول الخِرَقىّ . إن العقد ههنا يبطُل يحتمل أن يختصّ بهذه المسألة ، وشبهها مما يُفْضى الشرط فيه إلى التنازع . فإن البائع ربمّا أراد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقيّة . والمشترى يريدُ الاستقصاء

(١) أفسد أى حكم بالفساد .

عليها ليزيد له ما يأخذه ، فيُفضى إلى التنازُع وهو مَفْسَدة ، فيبطُل البيعُ من أجله . ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعةِ البائع فى المبيع ، لما ذكرنا فى صدر المسألة . والأول أولى لوجهين :

أحدهما : أنه قال فى موضع آخر ، ولا يبطُل البيعُ بشرطٍ واحد .

والثانى : أن المذهب . أنه يصحّ اشتراطُ منفعة البائع فى المبيع ، مثل أن يشترى ثوباً ، ويشترط على بائعه خِياطَتَه قميصاً ، أو فِلْعَةً[1] وتشترط حَذْوَها نَعلاً ، أو جُرْزَةً[2] حطب ويشترط حملها إلى موضعٍ معلوم . نصّ عليه أحمد فى رواية مهنا ، وغيره ، حتى قال القاضى : لم أجد بما قال الخرقىّ فى روايةٍ أنه لا يصحّ ، واحتجّ أحمد بأن محمد بن مَسْلَمةَ اشترى من نَبَطِىّ جُرْزَةَ حطَبٍ وَشارَطَهُ على حَمْلها ، وبه قال إسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وقال أبو حنيفة : يجوزُ أن يشترى فِلْعَةَ ويشترط على البائع تَشْرِيكَها[3] ، وحُكِى عن أبى ثور ، والثورىّ : أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط ، لأنه شرط فاسد . فأشبه سائر الشروط الفاسدة ، ورُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم « أنّه نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ » .

ولنا ما تقدّم : ولم يصحّ أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نَهى عن بيعٍ وشَرْط . إنما الصحيح « أن النبى صلى اللهُ عليهِ وسلّم نَهى عَنْ شَرْطَيْنِ فى بَيْعٍ » كذا ذكره الترمذى ، وهذا دال بمفهومه على جواز الشرط الواحد ، قال أحمد : إنما النهىُ عن شرطين فى بيع . أما الشرط الواحدُ فلا بأس به .

٢٩٠٦ (فصل) ولا بدّ من كون المنفعة معلومةً لهما ، ليصحّ اشتراطُها . لأنّنا نزلنا ذلك منزلةَ الإجارة . فلو اشترط حمل الحطب إلى منزله ، والبائعُ لا يعرف منزله لم يصحّ . ولو اشترط حَذْوَها نَعْلاً فلا بدّ من معرفة صِفَتها ، كما لو استأجره على ذلك ابتداء . قال أحمد : فى الرجل يشترى النعلَ على أن يحذُوَها جائزٌ إذا أراد الشِّراكَ . وإن تعذّر العملُ بتلَفِ المبيع قبلَه ، أو يموت البائع انفسخت الإجارةُ ، ورجع المشترى عليه بعِوَضِ ذلك ، وإن تعذّر بمرض أقيمَ مُقامَه من يَعمل العملَ ، والأجْرَةُ عليه ، كقولنا فى الإجارة .

٢٩٠٧ (فصل) ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدّة معلومةً ـ مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكناها شهراً أو جملا ويشترط ظَهره[4] إلى مكان معلوم ، أو عَبْداً ويستثنى خدمته سَنةً ، نصّ على هذا أحمد ، وهو قول الأوزاعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وقال الشافعى وأصحاب الرأى .

---

(١) الفلعة : القطعة من الجلد .

(٢) الجرزه: الحزمة

(٣) تشريكها : أى صنع شراك لها . والشراك هو السير الذى يلتف على إصبع القدم الإبهام .

(٤) أى ركوب ظهره .

لا يصح الشرط . لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعٍ وشرط . ولأنه يُنافى مُقتضى البيع . فأشبه ما لو شرط أن لا يسلّمه . وذلك لأنه شرط تأخير تسليم المبيع إلى أن يستوفىَ البائعُ منفعته . ولأن مُقتضى البيع ملكُ المبيع ، ومنافعه . وهــذا الشرطُ ينافيه . وقال ابن عقيل : فيه رواية ثانية : أنه يَبْطُل البيعُ ، والشرط ، نقلها عبد الله بن محمد الفقيه فى الرجل يشترى من الرجل جارية ويشترط أن تخدُمه ، فالبيع باطلٌ ، وهذه الرواية لا تدلّ على محل النزاع فى هذه المسألة ، فإنّ اشتراطَ خدمةِ الجارية باطلٌ لوجهين :

أحدهما : أنها مجهولة ، وإطلاقها يقتضى خدمتها أبداً ، وهــذا لا خلاف فى بُطلانه ، إنما الخلاف فى اشتراط منفعةٍ معلومة .

الثانى : أن يشترط خــدمتها بعد زوال ملكه عنها ، فيُفضى إلى الخلوة بها ، والخطر برؤيتها وصُحبتها ولا يوجد هذا فى غيرها . ولذلك منع إعارةُ الجارية الشابة ، لغير محْرَمِها : وقال مالك : إذا اشترط ركوباً إلى مــكان قريب جاز . وإن كان مــكان بعيد كُرِهَ . لأنّ اليَسير تدخُله المسامحة .

ولنا : ما رَوى جابر « أنّه باعَ النبيَّ صلّى اللهُ عليهِ وسلّم جملاً ، وَاشْترَط ظَهْرَهُ إلَى المَدِينَةِ » وفى لفظ قال « فَبِعْتُهُ بِأوقيّةٍ ، وَاسْتَثْنَيْتُ حُملاَنَهُ إلَى أهْلِى » متفق عليه . وفى لفظ قال « فَبِعْتُهُ مِنْهُ بِخَمْسِ أوَاقٍ . قالَ قلت : عَلَى أنَّ لِي ظَهْرَهُ إلىَ المَدِينةِ : قَالَ : وَلَكَ ظَهْرُهُ إلىَ المَدِينَةِ » ورواه مسلم . ولأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ الثُّنْيَا إلاّ أنْ تُعْلَمَ » وهــذه معلومة . ولأن المنفعة قد تقعُ مُستثناةً بالشرع على المشترى فيما إذا اشترى نخلةً مُؤَبَّرة ، أو أرضاً مزروعةً ، أو داراً مُؤجَّرةً ، أو أمةً مُزَوجةً . فجاز أن يستثنيها كما لو اشترط البائعُ الثمرةَ قبل التأبير ، ولم يصحّ نهىُ النبيّ صلى الله عليه وسلّم عن بيعٍ وشرطٍ . وإنّما نهى عن شرطين فى بيْعٍ ، فمفهومه إباحةُ الشرط الواحد ، وقياسُهم ينتقض باشتراط الخيار والتأجيل فى الثمن .

٢٩٠٨ « فصل » وإن باعه أمةً ، واستثنى وَطْئَها مدةً معلومة لم يجُز . لأنّ الوطء لا يباح فى غير مِلك أو نِكاح . لقوله تعالى (٢٣ : ٤ — ٧ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إلاَّ عَلَى أزْوَاجِهِمْ أوْ مَا مَلَكَتْ أيْمَانُهُمْ فَإنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأولَئِكَ هُمُ العَادُونَ)وفارق اشتراط وطء المكاتبة حيثُ نبيحه . لأنّ المكاتبة مملوكة . فيُستباح وطؤها بالشرط فى المحلّ المملوك . واختار ابن عقيل . أنه لا يُباحُ وطؤها أيضاً . وهو قول أكثر الفقهاء .

٢٩٠٩ (فصل) وإن باع المشترى العينَ المستثناه منفعتُها صحّ البيعُ . وتكون فى يد المشترى مستثناةً أيضاً . فإن كان عالماً بذلك فلا خيار له . لأنه دخل على بَصيرةٍ . فلم يثبُت له خيار كما لو اشترى

(١) الحملان : بضم الحاء وسكون الميم مصدر حمل ، كالحمل بفتح الحاء وسكون الميم ، ويقال حمله حملا وحملاناً

مَعيباً يعلم عَيْبَهُ ، فان لم يعلم فله خيار الفسخ ، لأنه عيب ، فهو كما لو اشترى أمةً مزوجةً أو داراً مُؤَجَّرة . وإن أتلف المشترى العينَ فعليه أجر المِثل لتفويت المنفعة المستحقّة لغيره ، وثمن المبيع ، وإن تلفت العين بتفريطه فهو كتلفها بفعله . نصّ عليه أحمد . وقال يرجع البائعُ على المبتاع بأجرة المثل . قال القاضى : معناه عندى القدرُ الذى يَقصة البائعُ لأجل الشرط . وظاهر كلام أحمد خلافُ هذا ، لأنه يضمن مافات بتفريطه . فضمنه بعوَضه . وهو أجرة المثل . فأما إن تلفت بغير فعله ، ولا بتفريطه ، لم يضمن . قال الأثرم ، قلت لأبى عبد الله . فعلى المشترى أن يحمله على غيره لأنّه كان لهُ حُملانٌ ؟ قال : لا . إنما شرط هذا عليه بعَيْنه . ولأنّه لم يملكها البائع من جهته . فلم يلزمه عرضها ، كما لو تلفت النخلةُ المؤبّرة بثمرتها . أو غيرُ المؤبّرة ، إذا اشترط البائعُ ثمرتها ، وكما لو باع حائطاً واستثنى منه شجرةً بعينها فتلفت . وقال القاضى : عليه ضمانُها ، أخذاً من عموم كلام أحمد . وإذا تلفت العينُ رجع البائع على المبتاع بأجْرةِ المثل . وهو محمول على حالة التفريط على ما ذكرنا .

٢٩١٠ (فصل) وإذا اشترط البائعُ منفعةَ المبيع ، وأراد المشترى أن يُعطيه ما يقومُ مقام المبيع فى المنفعة ، أو يُعَوّضه عنها لم يلزمه قبولهُ ، وله استيفاء المنفعة من غير المَبيع . نصّ عليه أحمد . لأن حقّه تعلق بها . فأشبه مالو استأجر عيناً فبذل له الآخَرُ مثلَها ، ولأن البائع قد يكون له غرض فى استيفاء منافع تلك العين فلا يُجْبر على قبول عِوَضها . فإن تراضيا على ذلك جاز . لأن الحقّ لهما ، ولا يخرُج عنهما وإن أراد البائع إعارةَ العين ، أو إجارتَها لمن يقوم مَقامه . فله ذلك فى قياس المذهب ، لأنّها منافعُ مستحقّة له ، فملك ذلك فيها ، كمنافع الدار المستأجَرة ، والموصَى بمنافعها . ولا يجوز إجارتها إلا لمثله فى الانتفاع . فإن أراد إجارتَها ، أو إعارتَها لمن يَضُرّ بالعين بانتفاعه لم يَجُزْ ذلك ، كما لا يجوز له إجارةُ العين المستأجرة لمن لا يقوم مَقامه . ذكر ذلك ابن عقيل .

٢٩١١ (فصل) إذا اشترط المشترى منفعةً فى المبيع ، فأقام البائعُ مَقامه من يَعْمَلُ العملَ فله ذلك. لأنه ههنا بمنزلة الأجير المشترَك ، يجوز أن يعمل العمل بنفسه ، وبمن يقوم مقامه ، وإن أراد بذل العِوَض عن ذلك لم يلزم المشترىَ قبولُه . وإن أراد المشترى أخذَ العوض عنه لم يلزم البائعَ بذلُه . لأن المعاوضةَ عقدُ تراضٍ ، لم يُجْبَرْ عليه أحد . وإن تراضيا عليه احتمل الجواز ، لأنّها منفعة يجوز أخذ العوض عنها ، لو لم يشترطها . فإذا ملكها المشترى جاز أخذُ العِوَض عنها كما لو استأجرها ، وكما يجوز أن يُؤَجّر المنافع الموصَى بها من وَرثة المُوصِى . ويحتمل أن لا يجوز . لأنه مُشترَط بحكم العادة ، والاستحسان ، لأجل الحاجة . فلم يَجُزْ أخذ العوض عنه كالقَرْض . فإنه يجوز أن يَرُدّ فى الخبز ، والخمير أقلّ ، أو أكثر . ولو أراد أن يأخذ بقدر خُبزه ، وكسره بقدر الزيادة الجائزة لم يَجُز . ولأنه أخذُ عوض عن مَرْفق مُعتاد

جرت العادة بالعفو عنه ، دون أخذ العوض . فأشبه المنافع المستثناةَ شرعاً . وهو مالو باع أرضاً فيها زرع للبائع ، واستحقّ تبقيته إلى حين الحَصاد ، فهو أخذه قَصيلاً لينتفع بالأرض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك .

٢٩١٢ (فصل) ولو قال : بعتُك هذه الدار ، وأجرتُكها شهراً لم يصحّ . لأنّه إذا باعه فقد مالك المشترى المنافعَ ، فإذا أجّره إياها فقد شرط أن يكون له بدلٌ فى مقابلة ما ملكه المشترى . فلم يصحّ . قال ابن عقيل : وقد « نَهى النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم عن قَفِيز الطُّحَّانِ » ومعناه أن يستأجر طحَّاناً ليطحَنَ له كِراء بِقَفِيزٍ منه ، فصيرُ كأنه شرط عمله فى القفيز عوضاً عن عمله فى باقى الكراء المطحون ، ويحتمل الجوازَ بناء على اشتراط منفعة البائع فى المبيع .

٢٩١٣ (فصل) وإن شرط فى المبيع إن هو باعه فالبائع أحقّ به بالثمن . فروى المروزىّ عنه أنه قال فى معنى حديث النبىّ صلَّى الله عليه وَسلم « لاَ شَرْطَانِ فِى بَيْعٍ » يعنى أنه فاسدٌ . لأنه شرط أن يبيعَه إيّاه ، وأن يُعطيَه إيّاه بالثمن الأول . فهُما شرطان فى بيع نُهِىَ عنهما ، ولأنهُ ينافى مقتضى العقد . لأنه شرَطَ أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنَه . فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلاّ من فلان ، أو أن لا يبيعه أصلا ، ورَوى عنه إسماعيل بن سعيد : البيع جائزٌ . لما رُوى عن ابن مسعود أنه قال « ابْتَعْتُ مِنَ امْرَأَتى زَيْنَبَ الثَّقَفِيَّةِ جَارِيَةً ، وَشَرَطْتُ لَهَا إِنْ بِعْتُهَا فَهِىَ لَهَا بِالثَّمَنِ الَّذِى ابْتَعْتُهَا بِهِ فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِعُمَر . فقال : لاَ تَقْرَبْهَا وَلِأَحَدٍ فِيهَا شَرْطٌ » قال إسماعيل : فذكرتُ لأحمد الحديث . فقال : البيعُ جائز ، ولا تقربها لأنّه كان فيها شرط واحدٌ للمرأة . ولم يقل عمر فى ذلك البيعِ فاسدٌ . فَحَمل الحديث على ظاهره ، وأخذَ به . وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته . والقياسُ يقتضى فسادَه . ويحتمل أن يُحمل كلام أحمدَ فى رواية المروزىّ على فساد الشرط . وفى رواية إسماعيلَ بن سعيد على جواز البيع فيكون البيعُ صحيحاً ، والشرطُ فاسداً ، كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعها ، وقول أحمد « لاَ تَقْرَبْهَا » قد رُوى مثله فيمن اشترط فى الأَمَةِ أن لا يبيعَها ولا يَهبَها ، أو شرط عليه وَلاءها ولا يَقْرَبُها . والبيعُ جَائِزٌ . واحتجّ بحديث عمر « لاَتَقْرَبْهَا وَلِأَحَدٍ فِيهَا مَثْنَوِيَّةٌ » قال القاضى . وهذا على الكراهة ، لا على التحريم . قال ابن عقيل . عندى أنّه إنّما منع من الوطء لمكان الخلاف فى العقد ، لكونه يفسُد بفساد الشرط فى بعض المذاهب .

٢٩١٤ « مسألة » قال ﴿ وإذا باع حائطاً ، واستثنى منه صاعاً لم يُجز . وإن استثنى منه نخلةً أوشجرةً بعينها جاز ﴾ .

الكلام فى هذه المسألة فصلين .

أحدها : أنه إذا باع ثمرةَ بُستانٍ ، واستثنى صاعاً ، أو آصُعاً أو مُدًّا ، أو أمْداداً ، أو باع صُبرةً ،

واستثنى منها مثلَ ذلك لم يجُز ، ورُوِي ذلك عن سعيد بن المسيّب ، والحسن ، والشافعيّ ، والأوزاعيّ ، وإسحق ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وقال أبو الخطّاب : فيه روايةٌ أخرى : أنه يجوز ، وهو قول ابن سيرين ، وسالم بن عبد الله ، ومالك ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الثُّنْيَا إلاَّ أَنْ تُعْلَمُ » . رواه الترمذيّ ، وقال : هو حديث حسن ، صحيح ، وهــذه ثُنْيا معلومة . ولأنه استثنى منها جُزْءاً .

ولنا : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ الثُّنْيَا » رواه البخاريّ . ولأنّ المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر ، والاستثناء يغير حــكم المُشاهدَة . لأنه لا يدرى كم يبقى فى حكم المشاهدة ، فلم يَجُــز . ويُخالف الجزء . فإنّه لا يغيّر حــكم المشاهدة . ولا يمنع المعرفة بها .

٢٩١٥ (فصل) وإن باع شجرةً أو نخلةً ، واستثنى أرطالاً معلومةً فالحــكمُ فيه كما لو باع حائطاً ، واستثنى آصُعاً . وقال القاضي فى شرحه : يصحّ . لأن الصحابة رضى الله عنهم أجازوا استثناء سواقطِ الشّاةِ ، والصحيحُ : ما ذكرناه . وهذا أشبهُ بمسألةِ الصاع من الحائط ، وإليها أقرب ، والمعنى الذى ذكرناه فيها متحققٍ ههنا ، فلا يصحّ والله أعلم .

٢٩١٦ الفصل الثانى : أنه إذا استثنى نخلةً ، أو شجرةً بعينها جاز . ولا نعلم فى ذلك خلافاً . وذلك لأن المستثنى معلوم ، ولا يؤدّى إلى جَهالة المستثنىَ منه ، وإن استثنى شجرة غير معيّنة لم يَجُــز . لأن الاستثناء غير معلوم ، فصار المَبِيعُ والمستثنى مجهولَين . ورُوِى عن ابن عمر : « أَنَّهُ بَاعَ ثَمَرَتَهُ بِأَرْبَعَةِ آلاَفٍ ، وَاسْتَثْنَى طَعَامَ القِيَانِ » وهذا يحتمل أنه استثنى نخلاً مُعَيناً بقدر طعام القِيَان . لأنّه لو حُمل على غير ذلكَ كان مخالفاً ، لنَهْى النبيّ صلى الله عليه وسلم عن الثُّنْيَا ، إلاَّ أنْ تُعْلَمَ ولأنّ المستثنَى متى كان مجهولا لَزِم أن يكون الباقى بعده مجهولا . فلا يصحّ بيعُه . كما لو قال : بعتك من هذه الثمرة طعام القِيَان .

٢٩١٧ (فصل) وإن استثنى جزءاً معلوماً من الصُّبرة ، أو الحائط مُشاعاً ، كثلث ، أو ربعٍ ، أو أجزاء ، كسبعين ، أو ثلاثةِ أثمانٍ صحّ البَيعُ والاستثناء ذكره أصحابُنا . وهو مذهب الشافعيّ وقال أبو بكر ، وابن أبى موسى : لا يجوزُ .

ولنا : أنه لا يؤدّى إلى جَهالة المستثنَى ، ولا المستثنَى منه ، فصحّ ، كما لو اشترى شجرةً بعنها . وذلك لأن معنى بعتُك هذه الصُّبَرةَ إلا ثُلُثَها أى بعتُك ثُلُثَيْها ، وقوله : إلا ربعها . معناه بعتُك ثلاثةَ أرْبَاعِها . ولو باع حيواناً واستثنى ثُلُثه جاز ، وكان معناه بعتك ثُلُثَيه ، ومنع منه القاضى أبو يَعْلى ، قياساً على استثناء الشحم ، ولا يصحّ . لأن الشحم مجهولٌ ، لا يصحّ إفرادُه بالبيع . وهذا معلوم . ويصحّ إفراده بالبيع .

فصحّ استثناؤه ، كالشجرة المعيّنة . وقياسُ المعلوم على المجهول فى الفساد لا يصحّ . فعلى هـذا يصيران شريكين فيه ، للمشترى ثلثاه ، وللبائع ثلثه .

٢٩١٨ (فصل) فإن قال : بعتُك قفيزاً من هذه الصُّبرةِ إلا مَـكُّوكاً جاز . لأن القَفِيزَ معلوم . والمكوّك معلوم ، فلا يُفضى إلى الجهالة ، ولو قال : بعتُك هذه الثمرة بأربعة دراهم إلاّ بقدر درهم صحّ . لأن قدره معلوم من المبيع ، وهو الرُّبع . فكأنه قال : بعتك ثلاثةَ أرباع هذه الثمرة ، بأربعة دراهم . ولو قال : إلا ما يساوى درهماً لم يصحّ لأن ما يساوى الدرهم قد يكون الربع ، أو أكثر ، أو أقلّ ، فيكونُ مجهولاً فيَبْطُلُ .

٢٩١٩ (فصل) وإن باع قطيعاً ، واستثنى منه شـاةً بعينها صحّ . وإن استثنى شاة غير معيّنة لم يصحّ . نصّ عليه ، وهذا قول أكثر أهل العـلم . وقال مالك : يصحّ أن يبيع مائةَ شـاةٍ إلاّ شاةً يختارُها ، أو يبيع ثمرة حائطه ، ويستثنى ثمرةَ نَخَلاَتٍ يعُدُّها .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهى عَنِ الثُّنيا إلاّ أنْ تُعْلَمَ » و « نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ » ولأنه مبيع مجهول ، والمستثنَى منه مجهول . فلم يصحّ ، كما لو قال : إلا شاةً مطلقةً . ولأنه مبيع مجهول . فلم يصحّ ، كما لو قال : بعتُك شاةً تختارها من القَطيع .

وضابط هذا الباب : أنه لا يصحّ استثناء ما لا يصحّ بيعُهُ مفرداً ، أو بيع ما عداه مُنفرداً عن المستثنَى ، ونحوُ هذا : مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعى ، إلا أن أصحابنا استثنوا من هذا سَواقِطَ الشاة ، وجِلدَها . للأثر الوارد فيه . والحمل على رواية الجواز لفعل ابن عمر . وما عدا هذا فيبقى على الأصل .

٢٩٢٠ (فصل) وإن باع حيواناً مأكولا ، واستثنى رأسَه وجلدَه ، وأطرَافه ، وسواقِطَهُ صحّ . نصّ عليه أحمد . وقال مالك : يصحّ فى السـفر دون الحضر . لأنّ المسافر لا يمكنه الانتفاعُ بالجلد ، والسواقط . فجوّز له شراء اللحم دونها . وقال أبوحنيفة والشافعىّ : لا يجوز . لأنه لا يجوز إفرادُه بالعقد ، فلم يجُز استثناؤه كالحمل .

ولنا : أن النبيّ صلَّى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ الثُّنْيَا إلا أنْ تُعلَم » وهذه معلومة ، ورُوى « أن النبيّ صلّى الله عليه وسـلم لمّا هَاجَر إلى المَدِينَةِ وَمَعَهُ أبُو بَـكْر وَعَامِرُ بنُ فُهيرَةَ مَرُّوا بِرَاعِي غَنَمٍ . فَذَهَب أبُو بَـكْرٍ وَعَامِرٌ فاشْتَرَيا مِنهُ شَاةً ، وَشَرَطا لَهُ سَلَبَها[1] » ورَوَى أبو بكر فى الشافى بإسناده ، عن جابر ، عن الشعبىّ ، قال « قَضَى زيدُ بنُ ثابتٍ ، وأصْحابُ رَسُول اللهِ صلى الله عليه وسلم فى بَقَرَةٍ باعَها رَجُل واشْتَرَط رَأْسهَا . فَقَضَى بالشَّرْوَى[2] » يعنى أن يُعْطَى رأساً مِثْلَ رأس[3] ، ولأن المُستثنَى

(١) السلب من الذبيحة . جلدها وأكارعها ، وبطنها . (٢) الشروى . المثل .

(٣) هـكذا فى الأصل ، وكان الأولى أن يقال (رأساً مثل رأس بقرته) .

والمستثنَى منه معلومان ، فصحّ ، كما لو باع حائطاً ، واستثنى منه نخلةً مُعيّنة ، وكونه لا يجوزُ إفرادُه بالبيع ببطُل بالثمرة قبل التأبير لا يجوزُ إفرادها بالبيع ، بشرط التبقية ، ويجوز استثناؤها ، والحمل مجهول .

ولنا : فيه منع . فإن امتنع المشترى من ذبحها لم يُجْبر عليه ، ويلزمه قيمةُ ذلك على التقريب . نص عليه . لما رُوى عن عليّ رضى الله « أَنَّهُ قَضَى فِى رَجُلٍ اشْتَرَى نَاقَةً وَشَرَطَ ثُنْيَاهَا : فقال : اذهبوا إلى السوق فإذَا بَلَغَتْ أقصَى ثمنها فأعطوه حِسَابَ ثُنْيَاها مِنْ ثَمَنِهَا » .

٢٩٢١ (فصل) فإن استثنى شَحْم الحيوانِ لم يُصحّ . نصّ عليه أحمد . قال أبو بكر لا يختلفون عن أبى عبد الله أنّه لا يجوز ذلك . لأنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ الثُّنْيَا إلاّ أَنْ تُعْلَمَ » ولأنّه مجهول ، لا يصحّ إفرادُه بالبيع . فلم يصحّ استثناؤه ، كفخذها ، وإن استثنى الحملَ لم يصحّ استثناؤه ، لذلك ، وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وقد نقل عن أحمد صحّته ، وبه قال الحسن والنخَعِىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور . لما رَوى نافع ، عن ابن عمر « أنّه باعَ جَارِيةً ، واُسْتَثْنَى مَا فِى بَطْنِهَا » ولأنّه يصحّ استثناؤه فى العِتقْ ، فصح فى البيع ، قياساً عليه .

ولنا : ما تقدّم . والصحيح من حديث ابن عمر « أنهُ أَعْتَقَ جَارِيةً وَاسْتَثْنَى مَا فِى بَطْنِها » لأنّ الثقاتِ الحفّاظ حدّثوا الحديثَ فقالوا : « أَعْتَقَ جَارِيَةً » والإسناد واحد . قاله أبو بكر . ولا يلزم من الصحة فى العتق الصحّة فى البيع لأن العتق لا تمنعه الجهالة ، ولا العجز ، عن التسليم . ولا يُعتبر فيه شروط البيع .

٢٩٢٢ (فصل) وإن باع جاريةً حاملا بُحرّ . فقال القاضى : لا يصحّ . وهو مذهب الشافعىّ لأنه لا يدخُل فى البيع : فكأنّه مستثنىً : والأولى صحّته . لأن المبيع معلوم . وجهالةُ الحمل لا تضرّ من حيثُ إنّه ليس بمبيع ولا مستثنىً باللفظ . وقد يُستثنى بالشرع مالا يصحّ استثناؤه باللفظ ، كما لو باع أمةً مُزَوجَةً صحّ . ووقعت منفعة البُضْع مُستثناةً بالشرع . ولو استثناها باللفظ لم يجُز . ولو باع أرضاً فيها زرع للبائع ، أو نخلةً مُؤَبَّرة لوقعت منفعتُها مستثناةً مدّة بقاء الزرع ، والثمرة ، ولو استثناها بقوله لم يجُز .

٢٩٢٣ (فصل) ولو باع داراً إلا ذراعاً وهما يعلمان ذَرْعَانَ الدار جاز . وكان مُستثنياً جزءاً مُشاعاً منها ، لأنه جزء معلوم يصحّ إفراده بالبيع ، فجاز استثناؤه كثُلثها ورُبعها ، وإن يعلما لم يجُز . لأنه مجهول لا يجوز إفرادُه بالبيع . ولأنه استثنى معلومَ المقدار من مبيع معلوم بالمشاهدة . فلم يجُز كاستثناء الصاع من ثمرة الحائط ، والقفيز من الصُّبْرة . وهكذا الحكمُ إذا باعه ضَيْعةً إلا جَرِيباً . فمتى علما جُرْبَانَ الضَيْعَة صَح ، وإلاّ فلاَ .

---

(١) ثنياها : قوائمها ورأسها .

٢٩٢٤ (فصل) وإذا باع سمسما ، واستثنى الكُسْبَ لم يجُز . لأنه قد باعه الشيرج فى الحقيقة . وهو غير معلوم . فإنه غير معين ، ولا موصوف . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ الثُّنْيَا إلاَّ أن تُعلَمَ » وكذا لو باعه قطناً ، واستثنى الحبَّ . لم يجُز . لجهالة ذلك . ولأن المستثنى غيرُ معلوم ولو باعه السمسم ، واستثنى الشيرج لم يجُز كذلك .

٢٩٢٥ (فصل) ولو باعه بدينار إلا درهما ، أو إلا قفيزاً من حِنطة أو شعير . لم يصحّ البيع . لأنه قصد رفع المستثنىَ من المستثنَى منه . رقدر ذلك مجهولٌ . فيصير الثمن مجهولاً .

٢٩٢٦ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى الثمرة دون الأصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها على البائع ﴾ الكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

الأول : أن ما تُهلكه الجائحةُ من الثمار من ضمان البائع . وبهذا قال أكثر أهل المدينة . منهم يحيى بن سعيد الأنصاريّ ومالك ، وأبو عُبَيد ، وجماعة من أهل الحديث . وبه قال الشافعيّ فى القديم . وقال أبو حنيفة ، والشافعيّ فى الجديد : هو من ضمان المشترى . لما رُوى « أنَّ امْرَأَةً أَتَت النَّبيَّ صلَّى اللهُ عَلَيهِ وسَلم . فقالَتْ : إنَّ ابنِى اشْتَرى ثَمَرةً مِنْ فُلاَنٍ . فَأَذْهَبَتْها الجائِحَةُ ، فَسَأَلتُه أَنْ يَضَعَ عَنْهُ فَتَالى[1] أَنْ لاَ يَفعَل ، فقال النبىُّ صلى الله عليه وسلم : تَأَلَّى فُلانٌ أَنْ لاَ يَفْعَلَ خَيْراً » متفق عليه . ولو كان واجباً لأجبره عليه ، لأن التخلية يتعلّق بها جوازُ التصرف . فتعلّق بها الضمان كالنقل والتحويل ، ولأنه لا يضمَنهُ إذا أتلفه آدمىّ ، كذلك لا يضمَنه بإتلاف غيره .

ولنا : ما رَوى مسلم فى صحيحه عن جابر « أنَّ النبيَّ صلى الله عليهِ وَسلَّم أَمَرَ بِوَضعِ الجوائِح » وعنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إِنْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمراً فَأَصابَتْهُ جائِحَةٌ . فَلا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنهُ شَيْئاً . ولِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقّ ؟ » رواه مسلم ، وأبو داود ، ولفظه « مَنْ بَاعَ ثَمَراً فَأَصابَتْهُ جائِحَةٌ فَلاَ يَأْخُذُ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْئاً . عَلاَمَ يأْخذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ المُسْلِمْ ؟ » وهذا صريح فى الحكم ، فلا يُعدل عنه . قال الشافعىّ : لم يثبُت عندى أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الحوائج . ولو ثبت لم أَعْدُهُ . ولو كنتُ قائلاً بوضعها لوضعتُها فى القليل ، والكثير .

قلنا : الحديث ثابتٌ . رواه الأئمة . منهم الإمامُ أحمد ، ويحيى بن مَعين ، وعلىّ بن حَرْب وغيرُهم ، عن ابن عُيَيْنةَ ، عن حُمَيدٍ الأعرج ، عن سُليمانَ بن عَتِيق ، عن جابر . ورواه مسلم فى صحيحه وأبو داود فى سُنَنِه ، وابن ماجه ، وغيرُهم . ولا حجّة لهم فى حديثهم . فإن فعل الواجب خيرٌ . فإذا تألّى أن لا يفعل الواجبَ فقد تألى ألاّ يفعل خيراً . فأما الإجبار فلا يفعلُه النبيُّ صلىّ الله عليه وسلم بمجرّد قول المدّعى من

---

(١) تالى : حلف .

غير إقرار من البائع ، ولا حضور ، ولأن التخلية ليست بقَبْضٍ تامّ . بدليل ما لو تلفت بعطشٍ عند بعضهم . ولا يلزم من إباحة التصرّف تمامُ القبض . بدليل مالو تلفت بعطشٍ عند بعضهم . ولا يلزم من إباحة التصرّف تمامُ القبض . بدليل المنافع فى الاجارة ، يُباح التصرّف فيها ، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجّر . كذلك الثمرة . فانّها فى شجرها كالمنافع قبلَ استيفائها ، توجدُ حالاً ، فحالا . وقياسُهم يبطُل بالتخلية فى الاجارة .

الفصل الثانى : أن الجائحة كلّ آفةٍ لا صنع للآدمىّ فيها ، كالرّيح ، والبَرْدِ ، والجراد ، والعطش ، لما روى الساجى بإسناده ، عن جابر « أنَّ النبيَّ صلىّ اللهُ عليهِ وسَلم قَضَى فى الجَائِحةِ تَكونُ فى البَرْدِ ، والجَرَادِ ، وفى الحَبْقِ ، والسَّيْلِ . وَفِى الرِّيحِ » وهذا تفسير من الراوى لكلام النبىّ صلىّ اللهعليه وسلم . فيجب الرجوعُ إليه ، وأماما كان بفعل آدمىّ . فقال القاضى : المشترى بالخيار بين فسخ العقد ، ومُطالبة البائع بالثمن ، وبين البقاء عليه ، ومطالبة الجانى بالقيمة . لأنه أمكن الرجوعُ ببدله ، بخلاف التالف بالجائحة .

الفصل الثالث : أن ظاهر المذهب : أنه لا فرق بين قليل الجائحة ، وكثيرها . إلاّ أنّ ما جرت العادةُ بتلف مثله كالشىء اليسير الذى لا يَنْضَبِطَ فلا يُلتفت إليه . قال أحمد : إنّى لا أقول فى عشر ثمراتٍ ، ولا عشرين ثمرةً . ولا أدرى ما الثلُث ؟ ولكن إذا كانت جائحةٌ تُعرف الثلث ، أو الربع ، أو الخمس ، توضع . وفيه رواية أخرى : أن ما كان بعد دون الثلث فهو من ضمان المشترى ، وهو مذهب مالك ، والشافعى فى القديم . لأنه لا بدّ أن يأكل الطيرُ منها ، وتنثُر الريحُ . ويسقُط منها ، فلم يكن بدّ من ضابط ، وحدّ فاصل بين ذلك ، وبين الجائحة ، والثلُث قد رأينا الشرع اعتبرَه فى مواضع ، منها الوصيّة ، وعطايا المريض ، وتُساوى جراح المرأة جراح الرجل إلى الثلُث . قال الأثرم : قال أحمد : إنّهم يستعملون الثلُثَ فى سَبْعَ عشَرْةَ مسألة . ولأن الثلث فى حد الكثرة ، وما دونه فى حدّ القِلةّ ، بدليل قول النبىّ صلى الله عليه وسلم فى الوصّية « الثُلُثُ ، وَالثُلُثُ ، كَثِيرٌ » فيدلّ هذا على أنه آخرُ حدّ الكثرة . فلهذا قدرّ به .

ووجه الأول عموم الأحاديث . فإنّ النبى صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح . وما دون الثلث داخلٌ فيه ، فيجب وضعُه . ولأنّ هذه الثمرة لم يتمّ قَبْضُها . فكان ما تلف منها من مال البائع ، وإن كان قليلاً كالتى على وجه الأرض ، وما أكله الطيرُ ، أو سقط لا يؤثّر فى العادة . ولا يُسمّى جائحةً . فلا يدخُل فى الخبر ، ولا يمكن التحرّز منه . فهو معلوم الوجود بحكم العادة ، فكأنّه مشروط .

إذا ثبت هذا فإنّه إذا تلف شىء له قدر خارج عن العادة وُضع من الثمن بقدر الذاهب . فإن تلف

الجميعُ بطل العقدُ . ويرجعُ المشترى بجميع الثمن . وأما على الرواية الأخرى : فإنه يعتبرُ ثلثُ المبلغ . وقيل : ثُلث القيمة . فإن تلف الجميعُ أو أكثرُ من الثلث رَجع بقيمة التالف كلّه من الثمن ، وإذا اختلفا فى الجائحة ، أو قدر ما أتلف ، فالقولُ قولُ البائع ، لأنّ الأصل السلامةُ ولأنه غارمٌ ، والقول فى الأصول قول الغارم .

٢٩٢٧ (فصل) فإن بلغت الثمرة أوان الجزَاز ، فلم يَجُزّها حتى اجْتِيحَت . فقال القاضى : عندى لا يوضَع عنهُ . لأنّه مفرّط بترك النقل فى وقته ، مع قُدرته . فكان الضمان عليه . ولو اشترى ثمرةً قبل بُدوّ صلاحها بشرط القطع ، فأمكنه قطعُها فلم يقطعها حتى تلفت . فهى من ضمانه لأنّ تلفها بتفريطه . وإن تلفت قبل إمكان قطعها . فهى من ضمان بائعها كالمسألة فيها .

٢٩٢٨ (فصل) إذا استأجر أرضاً فزرعها فتلف الزرع . فلا شىء على المؤجر نصّ عليه أحمد . ولا نعلم فيه خلافاً . لأن المعقود عليه منافع الأرض ، ولم تتلَف وإنما تلف مالُ المستأجر فيها . فصار كدارٍ استأجرها ليُقَصِّر فيها ثيَاباً فتلفت الثيابُ فيها .

٢٩٢٩ « مسألة » قال ﴿ وإذا وقع البيعُ على مكيل ، أو على موزون ، أو معدود ، فتلف قبل قبضه . فهو من مال البائع ﴾ .

ظاهر كلام الخِرَقىّ : أن المكيل والموزون والمعدود لايدخُل فى ضمان المشترى إلاّ بقبضه . سواء كان مُتعيِّناً كالصُّبْرةِ ، أو غير مُتعيّن كقفيز منها . وهو ظاهر كلام أحمد . ونحوه قول إسحاق ، وروى عن عثمان بن عفّان ، وسعيد بن المسيّب ، والحسن ، والحكم ، وحمّاد بن أبى سُلَيْمان : أن كلّ ما بيع على الكيل ، والوزن ، لايجوز بيعه قبل قبضه ، وما ليس بمكيل ، ولا موزون يجوزُ بيعُه قبل قبضه ، وقال القاضى وأصحابه : المراد بالمكيل ، والموزون ، والمعدود ، ماليس بمتعيِّن منه ، كالقفيز من صُبْرةٍ . والرطل من زَبْرَةٍ[1] ومكيلةِ زَيْتٍ من دَنّ[2] فأما المتعيّن فيدخُل فى ضمان المشترى كالصّبرة يبيعها من غير تسمية كيل . وقد نُقل عن أحمد ما يدل على قولهم . قال فى رواية أبى الحارث : فى رجل اشترى طعاماً فطلب من يحمله ، فرجع ، وقد احترق الطعامُ . فهو من مال المشترى . واستدلّ بحديث ابن عمر « مَا أَدْرَكَتِ الصَّفْقَةُ حَيًّا مَجْمُوعاً فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِى » وذكر الجَوْزَجَانىّ عنه فيمن اشترى ما فى السفينة صُبْرةً ، ولم يُسمِّ كيلاً ، فلا بأس أن يُشرِكَ فِيها ، ويبيعَ ماشاء ، إلا أن يكون بينهما كيلٌ ، فلا يُولِّى حتى

---

(١) الزبرة : القطعة من الحديد ، والباطل أن يبيعه وزن رطل من قطعة من الحديد وزنها أكثر من الرطل لأنه غير معين

(٢) الدن : البرميل . أو نحوه .

يُكالَ عَلَيْهِ . ونحوَ هذا قال مالك . فإنّه قال : ما بِيعَ من الطعام مكايَلةً ، أو مُوازنةً لم يجُز بيعُه قبل قبضه : وما بيع مُجازَفةً أو بيع من غير الطعام مُكايلةً ، أو مُوازَنةً جاز بيعُه قبل قبضه . ووجه ذلك : ما روى الأوزاعيّ عن الزهريّ عن حمزة بن عبد الله بن عمر : أنّه سمع عبد الله بن عمر يقول « مَضَتِ السُّنَّةُ أنَّ مَا أدْرَكَتْهُ الصَّفقَةُ حَياً مَجْموعاً فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُبْتَاعِ » رواه البخاريّ ، عن ابن عمر من قوله تعليقاً . وقول الصحابيّ « مَضَتِ السُّنَّةُ » يقتضى سنَّة النبيِّ صلى الله عليه وسلم ولأنّ المبيعَ المعيَّن لا يتعلّق به حقُّ توفيةٍ . فكان من مال المشترى ، كغير المكيل ، والموزون ، ونُقل عن أحمد : أن المطعوم لا يجوز بيعُه قبل قبضه ، سواءٌ كان مكيلاً ، أو موزوناً ، أو لم يكن . وهذا يقتضى أن الطعام خاصَّةً لا يَدخُل فى ضمان المشترى حتَّى يقبِضَهُ . فإنّ الترمذيّ روى عن أحمد : أنه أرْخَص فى بيع مالا يُكال ، ولا يوزن ممَّا لا يُؤكل ، ولا يُشرب قبل قبضه . وقال الأثرم : سألتُ أبا عبد الله عن قوله « نَهَى عَنْ رِبْحِ مَالَم يَضْمَنْ » قال : هذا فى الطعام ، وما أشبهه من مأكولٍ أو مشروب . فلا يبيعه حتى يقبضه . قال ابن عبد البرّ : الأصحّ عن أحمد بن حنبل أنّ الذى يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعامُ . وذلك لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الطعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ » فمفهومُه : إباحة بيع ما سواه قبل قبضه ، ورَوى ابن عمر قال « رَأَيْتُ الذينَ يَشْتَرُونَ الطعَامَ مُجَازَفَةً يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رسُول اللهِ صَلّي اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم أنْ يَبِيعُوهُ حَتَّى يُؤْوُوهُ إلى رِحَالِهِمْ » وهذا نصّ فى بيع المعيَّن ، وعمومُ قوله عليه السلام «مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيهُ » متفق عليهما . ولمُسلم عن ابن عمر قال « كُنَّا نَشْتَرِى الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافاً . فنَهَانا رَسُولُ اللهِ صلى اللهُ عليهِ وسلم أنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ » وقال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على أنَّ من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه حتَّى يستوفِيهُ . ولو دخل فى ضمان المشترى جاز له بيعُه والتصرُّف فيه ، كما بَعْدَ القبض . وهذا يدلّ على تعميم المنع فى كلّ طعام مع تنصيصه على المبيع مُجَازَفَةً بالمنع . وهو خلاف قول القاضى ، وأصحابه . ويدلّ بمفهومه على أن ماعدا الطعام يُخالفه فى ذلك .

ووجه قول الخِرَقيّ إنّ الطعامَ المنهيّ عن بيعه قبلَ قبضه لا يكادُ يخلُو من كونه مكيلا أو موزوناً ، أو معدوداً . فتعلّق الحكمُ بذلك ، كتعلّق ربا الفضل به ، ويحتمل أنه أراد المكيلَ ، والموزونَ ، والمعدودَ من الطعام الذى ورد النصّ بمنع بيعه . وهذا أظهرُ دليلاً ، وأحسن .

إذا ثبت هذا فإنّه إن تلف المبيعُ من ذلك قبل قبضه بآفةٍ سماويَّةٍ ، بَطَلَ العقدُ ، ورجع المشترى بالثمن ، وإن تلف بفعل المشترى استقر الثمن عليه . وكان كالقبض . لأنه تصرَّف فيه . وإن أتلفه أجنبيّ لم يبطُل العقدُ على قياس قوله فى الجائحة . ويثبُت للمشترى الخيارُ بين الفسخ ، والرجوع بالثمن . لأن التلف حصلَ فى يد البائع ، فهو كحدوث العيب فى يده ، وبين البقاء على العقد ، ومطالبة المتلف بالمثل ، إن كان مِثليًّا

وبهذا قال الشافعيّ . ولا أعلم فيه مُخالفاً . وإن أتلفه البائعُ فقال أصحابنا : الحكم فيه كما لو أتلفه أجنبيّ. لأنه أتلفه من يلزمُه ضمانُه . فأشبه مالو أتلفه أجنبيّ ، وقال الشافعي : ينفسِخُ العقدُ ، ويرجع المشترى بالثمن لا غيرُ . لأنه تَلَفٌ يضمنُه به البائع ، فكان الرجوع عليه بالثمن كالتلف بفعل الله تعالى . وفرق أصحابنا بينهما بكونه إذا تلف بفعل الله تعالى لم يوجد مقتضٍ للضمان سوى حُكم العقدِ . بخلاف ما إذا أتلفه . فإن إتلافه يقتضى الضمانَ بالمِثل . وحكمُ العقد يقتضى الضمانَ بالثمن . فكانت الخيَرةُ إلى المشترى فى التضمين بأيِّهما شاء .

٢٩٣٠ (فصل) ولو تعيَّب فى يد البائع ، أو تلف بعضُه بأمرٍ سماوى فالمشترى مخيَّر بين قبوله ناقصاً ولا شيء له ، وبين فسخ العقدِ والرجوع بالثمن . لأنَّه إن رضيَه مَعيباً فكأنه اشترى معيباً هو عالم بعيبه . ولا يستحقُّ شيئاً من أجل العيب . وإن فسخ العقد لم يكن له أكثرُ من الثمن . لأنه لو تلف المبيعُ كلُّه لم يكن له أكثر من الثمن ، فإذا تعيّب ، أو تلف بعضُه كان أولى . وإن تعيّب بفعل المشترى ، أو تلف بعضُه لم يكن له فسخٌ لذلك . لأنه أتلف مِلْكَهُ فلم يرجع على غيره . وإن كان ذلك بفعل البائع فقياسُ قول أصحابنا : أن المشترى مخيّر بين الفسخ ، والرجوع بالثمن ، وبين أخذه ، والرجوع على البائع بِعِوضِ ما أتلف ، أو عَيّب . وقياسُ قول الشافعيّ : أن يكون بمنزلة ما لو تلف بفعل الله تعالى ، وإن كان بفعل أجنبيٍ فله الخيارُ بين الفسخ والمطالبة بالثمن ، وبين أخذ المبيع ومطالبة المتلف بِعوَضِ ما أتلف .

٢٩٣١ (فصل) ولو باع شاةً بشعيرٍ فأكلتهُ قبل قبضه . فإن كانت فى يد المشترى فهو كما لو أتلفه . وإن كانت فى يد البائع فهو بمنزلة إتلافه له . وكذلك إن كانت فى يد أجنبيّ . فهو كاتلافه . فإن لم تكن فى يد أحدٍ انفسخ البيعُ . لأن المبيع هلك قبل القبض بأمرٍ لا يُنْسَبُ إلى آدميّ . فهو كتلفه بفعل الله تعالى

٢٩٣٢ (فصل) ولو اشترى شاةً أو عبداً أو شِقْصاً بطعام ، فقبض الشاةَ أو العبدَ ، أو باعهما ، أو أخذ الشِّقصَ بالشُّفعةِ ثمّ تلف الطعامُ قبل قبضه انفسخ العقدُ الأول دون الثانى . ولا يبطُل الأخذ بالشُّفعة . لأنه كمُل قبل فسخ العقد . ويرجع مشترى الطعام على مشترى الشاة ، والعبد ، والشِّقص بقيمة ذلك ، لتعذُّر ردّه . وعلى الشفيع مثلُ الطعام . لأنه عِوضُ الشِّقص .

٢٩٣٣ « مسألة » قال ﴿ وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض . وإن تلف فهو من مال المشترى ﴾ .

يعنى ما عدا المكيل ، والموزون ، والمعدود ، فإنه يدخُل فى ضمان المشترى قبل قبضه ، وقال أبو حنيفة كلّ مَبيعٍ تلف قبل قبضه من ضمان البائع ، إلاّ العَقَار . وقال الشافعيُّ : كلّ مَبيع من ضمان البائع حتى يقبضَه المُشترى . وحَكى أبو الخطاب عن أحمد روايةً أخرى كقوله ، لأن ابن عباس قال « أرَى كُلَّ شيء بِمنزلةِ الطّعَامِ » ولأن التسليم واجبٌ على البائع . لأنه فى يده . فإذا تعذَّر بتلفه انفسخ العقدُ كالمكيل ، والموزون ، والمعدود .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراجُ بالضمان » وهذا المبيعُ نماؤه المشتري فضمانُه عليه ، وقول ابن عمر « مَضَتِ السنَّةُ أنَّ مَا أدْرَكَتْهُ الصَّفْقَةُ حَيّاً مَجْمُوعاً فَهُوَ مِنْ مَالِ المُبْتَاعِ » ولأنه لا يتعلّق به حقّ توفيةٍ . وهو من ضمانه بعد قبضه . فكان من ضمانه قبله ، كالميراث . وتخصيصُ النبيّ صلّى الله عليه وسلم الطعامَ بالنهيِ عن بيعه قبل قبضه دليلٌ على مُخالفة غيره له .

٢٩٣٤ (فصل) والمبيعُ بصفةٍ ، أو رؤيةٍ متقدّمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاعُ . لأنّه يتعلّق به حقُّ توفيةٍ ، فجرى مجرى المكيل ، والموزون . قال أحمد : لو اشترى من رجل عبداً بعينه ، فمات في يد البائع ، فهو من مال المشترى ، إلاّ أن يطلبه ، فيمنعه البائعُ . فهو ضامنٌ لقيمته حين عَطِبَ . ولو حبسه ببقيّة الثمن فهو غَاصِبٌ . ولا يكون رَهْناً ، إلاّ أن يكون قد اشترط عليه في نفس الرهن .

٢٩٣٥ (فصل) وقبض كلّ شيء بحَسَبِه . فإن كان مكيلاً أو موزوناً بيع كيلاً ، أو وزناً فقبضُه بكيله ، ووزنه . وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : التخليةُ في ذلك قبض ، وقد رَوى أبو الخطّاب عن أحمد روايةً أخرى : أنّ القبضَ في كلّ شيء بالتخلية مع التمييز . لأنه خلَّى بينه وبين المبيع من غير حائلٍ . فكان قبضاً له كالعقار .

ولنا : ما رَوى أبو هريرة أنّ رَسُولَ اللهِ صلّى الله عليه وسلّم قال « إِذَا بِعْتَ فَكِلْ ، وَإِذَا ابْتَعْتَ فَاكْتَلْ » رواه البخاريّ ، وعن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ : صَاعُ البَائِعِ ، وَصَاعُ المُشْتَرِي » رواه ابن ماجه . وهذا فيما بيع كيلاً . وإن بيع جزافاً فقبضُه نقلُه . لأنّ ابن عمر قال « كَانُوا يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا اشْتَرَوْا طَعَاماً جِزَافاً أَنْ يَبِيعُوهُ فِي مَكَانِهِ حَتَّى يُحَوِّلُوهُ » وفي لفظ « كُنَّا نَبْتَاعُ الطَّعَامَ جِزَافاً ، فَبَعَثَ عَلَيْنَا مَنْ يَأْمُرنَا بِانْتِقَالِهِ مِنْ مَكَانِهِ الَّذِي ابْتَعْنَاهُ إِلَى مَكَانٍ سِوَاهُ قَبْلَ أَنْ نَبِيعَهُ » وفي لفظ « كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافاً ، فَنَهَانَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ » رواهنّ مسلم . وهذا يُبَيِّن أن الكيل إنما وجب فيما بيعَ بالكيل . وقد دلّ على ذلك أيضاً قولُ النبيّ صلى الله عليه وسلم « إِذَا سَمَّيْتَ الْكَيْلَ فَكِلْ » رواه الأثرم ، وإن كان المبيعُ دراهمَ ، أو دنانيرَ فقبضُها باليد . وإن كان ثياباً فقبضُها نقلُها . وإن كان حيواناً فقبضُه تمشيتُه من مَكانه . وإن كان مِمّا لا يُنقل ، ويُحوّل فقبضُه التخليةُ بينه وبين مشتريه ، لا حائلَ دونَهُ . وقد ذكره الخرَقيّ في باب الرهن ، فقال : إن كان مما يُنقل فقبضُه أخذُه إيّاه من راهنه مَنقُولاً . وإن كان مما لا يُنقل فقبضُه تخليةُ راهنهِ بينَه وبين مُرْتَهِنِه لاحائلَ دُونَه ، ولأن القبض مُطلَقٌ في الشرع . فيجبُ الرجوع فيه إلى العرف ، كالإحراز والتفرق . والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا .

٢٩٣٦ (فصل) وأجرة الكيّال ، والوزّان فى المكيل والموزون على البائع . لأن عليه تقبيضَ المَبيع للمشترى . والقبضُ لا يحصُل إلا بذلك . فكان على البائع ، كما أنّ على بائع الثمرة سقيها ، وكذلك أجرةَ الذى يَعُدّ المعدودات . وأما نقل المنقولات وما أشبهه فهو على المشترى . لأنّه لا يتعلّق به حقُّ توفية . نصّ عليه أحمد .

٢٩٣٧ (فصل) ويَصِحّ القبضُ قبل نقد الثمن ، وبعده ، باختيار البائع ، وبغير اختياره . لأنّه ليس للبائع حبسُ المبيع على قبض الثمن . ولأن التسليم من مقتضيات العقد . فمتى وُجد بعده وقع مَوْقعَه ، كقبض الثمن .

٢٩٣٨ « مسألة » قال ﴿ ومن اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجُز بيعُه حتى يقبضه ﴾

قد ذكرنا الذى لا يحتاج إلى قبض ، والخلافَ فيه . وكلّ ما يحتاجُ إلى قبض إذا اشتراه لم يجُز بيعُهُ حتى يقبضه . لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوفِيَهُ » متفق عليه ، ولأنه من ضمان بائعه ، فلم يجُز بيعُه كالسّلَم . ولم أعلم بين أهل العلم خلافاً ، إلاّ ما حُكى عن البتّىّ أنّه قال : لا بأس ببيع كلّ شىء قبلَ قبضه ، وقال ابن عبد البرّ : وهذا قول مردود بالسنّة ، والحُجة المُجْمِعة على الطعام . وأظنّه لم يبلُغه هذا الحديث . ومثلُ هذا لا يُلتفَت إليه . وأمّا غير ذلك فيجوز بيعُه قبل قبضه فى أظهر الروايتين . ويُروَى مثلُ هذا عن عثمانَ ابن عفّانَ ، رضى الله عنه ، وسعيد بن المسيّب ، والحكَم ، وحمّاد ، والأوزاعىّ ، وإسحاق . وعن أحمد روايةٌ أخرى : لايجوز بيعُ شىء قبل قبضه . اختارها ابنُ عقيل . ورُوى ذلك عن ابن عباس ، وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، إلاّ أنّ أبا حنيفة أجاز بيع العقّار قبل قبضه . واحتجُّوا بنهى النبىّ صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه . وبما رَوى أبو داود « أَنَّ النبىَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلَعُ حَيْثُ تُبْتَاعُ حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ » وروى ابن ماجه « أَنَّ النبىَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم نَهَى عَنْ شِرَاءِ الصَّدَقَاتِ حَتَّى تُقْبَضَ » ورُوى « أَنَّ النبىّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم لَما بَعثَ عَتَّابَ بْنَ أَسِيدٍ إِلَى مَكَّةَ قَالَ : انْهَهُمْ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضُوهُ ، وَعَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنُوهُ » ولأنّه لَم يَتِمّ الملكُ عليه . فلم يجُز بيعُه ، كغير المتعيّن ، أو كالمكيل ، والموزون .

ولنا: ماروَى ابنُ عمر قال « كُنَّا نَبِيعُ الإِبِلَ بِالْبَقِيعِ بِالدَّرَاهِمِ ، فَنأْخُذُ بَدَلَ الدَّرَاهِمِ الدَّنَانِيرَ ، وَنَبِيعُهَا بالدَّنانير ، فَنَأْخُذُ بَدَلَهَا الدَّرَاهِم . فسألنا النبىَّ صلى الله عليه وسلم عن ذلك ؟ فقال : « لاَ بَأْسَ إِذَا تفرَّقْتُمَا ، وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَىْءٌ » وهذا تصرّف فى الثمن قبل قبضه . وهو أحدُ العِوَضَيْن ، ورَوى ابن عمر « أَنَّهُ كَانَ

عَلَى بَكْرٍ (١) صَعْبٍ — يعنى لعمر — فقال النبيُّ صلىّ الله عليه وسلم لعُمر : « بِعْنِيهِ » فَقَالَ : هُوَ لَكَ يارَسُولَ اللهِ . فقال النبيُّ صلىّ الله عليه وسلم : « هُوَ لَكَ يَاعَبْدَ اللهِ بنَ عمرَ فَاصْنَعْ بِهِ مَاشِئْتَ » وهذا ظاهره التصرّف فى المبيع بالهبة قبل قبضه ، واشترى من جابر جملاً ونقدَه ثمنه ، ثم وهبه إيّاه قبلَ قبضه . ولأنه أحدُ نوعى المعقود عليه . فجاز التصرّف فيه قبل قبضه ، كالمنافع فى الإجارة . فإنّه يجوز له إجارةُ العين المستأجَرة قبل قَبْض المنافع . ولأنه مبيعٌ لايتعلقّ به حقُّ توفيةٍ ، فصحّ بيعُه ، كالمال فى يد مُودِعِهِ ، أو مُضارِبِهِ . فأمّا أحاديثهم فقد قيل : لم يصحّ منها إلاّ حديث الطعام . وهو حجّةٌ لنا بمفهومه . فإن تخصيصه الطعام بالنهى عن بيعه قبل قبضه يدلّ على إباحة ذلك فيما سواهُ . وقولهم : لم يتمّ الملكُ عليه : ممنوعٌ . فإن السبّب المقتضى للملك مُتحقّق . وأكثرُ ما فيه تخلُّف القبض . واليدُ ليستْ شرطاً فى صحة البيع . بدليل جواز بيع المال المودَع ، والموروث ، والتصرّف فى الصداق ، وعِوَض الخُلْع عند أبى حنيفة .

٢٩٣٩ (فصل) وما لا يجوز بيعُه قبل قبضه لا يجوزُ بيعُه لبائعه . لعموم الخبر فيه . قال القاضى : ولو ابتاع شيئاً مما يَحتاج إلى قبضٍ ، فلقيه ببلدٍ آخرَ لم يكنْ لهُ مَطالبتُه ، ولاأخذُ بدله . وإن تراضيا . لأنه مَبيعٌ لم يُقْبَض . فإن كان مما لايَحتاج إلى قبض جاز أخذُ البدل عنه . وإن كان فى سَلَمٍ لم يَجُز أخذُ البدل عنه . لأنّه أيضاً لا يجوزُ بيعه .

٢٩٤٠ (فصل) وكلّ عوض مُلِكَ بعقد ينفسِخُ بهلاكه قبل القبض . لم يجُز التصرّف فيه قبل قبضه ، كالذى ذكرنا . والأُجْرةُ ، وبدلُ الصُّلح ، إذا كانا من المكيل ، أو الموزون ، أو المعدود ، وما لا ينفسخُ العقدُ بهلاكه جاز التصرّف فيه قبل قبضه ، كعوض الخُلع ، والعِتق على مالٍ ، وبدلِ الصّلح عن دم العَمْدِ ، وأَرْش الجناية ، وقيمةِ المُتْلَف لأن المُطلق للتصرّف الملك ، وقد وُجِد . لكن مايتوهّم فيه غررُ الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يَجُز بناء عقد آخرَ عليه ، تحرّزاً من الغَرر ، وما لا يُتوهّم فيه ذلك الغررُ انتفى المانع . فجاز العقدُ عليه . وهذا قول أبى حنيفة . والمَهْرُ كذلك ، عند القاضى . وهو قول أبى حنيفة . لأن العقد لا ينفسِخُ بهلاكه . وقال الشافعىّ : لايجوز التصرّف فيه قبل قبضه . ووافقه أبو الخطاب فى غير المتعينّ . لأنه يُخشى رجوعُه بانتقاض سببه بالردّة قبل الدخول ، أو انفساخه بسببٍ من جهة المرأة ، أو نصفه بالطلاق ، أو انفساخه بسببٍ من غير جهتها . وكذلك قال الشافعىّ فى عِوَض الخُلع ، وهذا التعليل باطلٌ بما بَعْد القبض . فإن قبضه لا يمنعُ الرجوعَ فيه قبل الدخول ، وأما ما مُلك بإرثٍ ، أو وصيّةٍ ، أو غَنيمةٍ ، وتعينّ مِلْكهُ فيه فإنّه يجوزُ له التصرّف فيه بالبيع ، وغيره قبل قبضه . لأنّه غير مضمون

(١) البكر الفتىّ القوى من الإبل ، والصعب : هو الذى لا ينقاد بسهوله ، وليس ذلولا .

بعقد مُعاوَضةٍ . فهو كالمبيع المقبوض . وهذا مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعىّ . ولا أعلم عن غيرهم خلافهم .
وإن كان لإنسان فى يد غيره وديعةٌ ، أو عارِيَةٌ ، أو مُضارَبةٌ أو جَعلَه وكيلاً فيه جاز له بيعُه ممّن هو فى يده ومن غيره . لأنه عينُ مالٍ مقدور على تسليمها لا يُخشى انفساخ الملك فيها . فجاز بيعُها كالتى فى يده، وإن كان غَصْباً جاز بيعُه ممن هو فى يده . لأنّه مقبوضٌ معه ، فأشبه بيعَ العارِيَة ممن هى فى يده . وأما بيعُه لغيره : فإن كان عاجزاً عن استنقاذه ، أو ظنّ أنه عاجز . لم يصحّ شراؤه له لأنه معجوز عن تسليمه إليه . فأشبه بيع الآبق والشارد . وإن ظنّ أنّه قادر على استنقاذه ممن هو فى يده صحّ البيعُ ، لإمكان قبضه . فإن عجز عن استنقاذه فله الخيارُ بين الفسخ ، والإمضاء . لأن العقد صحّ لكونه مظنونَ القدرة على قبضه . ويثبُت له الفسخ للعجز عن القبض . فأشبه ما لو باعه فرساً فشردتْ قبل تسليمها ، أو غائباً بالصفة ، فعجزَ عن تسليه .

٢٩٤١ (فصل) وإن كان لزيد على رجل طعامٌ من سَلَمٍ ، وعليه لعمرو مثلُ ذلك الطعام سَلَماً ، فقال زيد لعمرو : اذهب فاقبض الطعام الذى لى من غريمى لنفسك ، ففعل لم يصحّ . لأنه لا يجوزُ أن يقبِضَهُ . وهل يصحّ القبضُ لزيد ؟ على روايتين :

إحداهما : يصحّ . لأنه أذِنَ له فى القبض . فأشبه قبض وكيله .

والثانية : لا يصحّ . لأنه لم يجعله نائباً له فى القبض . فلم يقع له ، بخلاف الوكيل ، فعلى الوجه الأول : يصيرُ ملكاً لزيد ، وعلى الثانى : يكون باقياً على ملك المسلِم إليه ، ولو قال زيد لعمرو : احْضُر اكتيالى منه ، لأقبضه لك ، ففعل ، لم يصحّ ، وهل يكون قابضاً لنفسه ؟ على وجهين :

أولها : أنه يكون قابضاً لنفسه . لأن قبض المُسلمَ فيه قد وُجِدَ من مُستحقّه ، فصحّ القبضُ له ، كما لو نوى القبض لنفسه ، فعلى هذا إذا قبضه لعمرو صحّ ، وإن قال : خذْهُ بهذا الكيل الذى قد شاهدته ، فأخذه به صحّ ، لأنهُ قد شاهد كيله ، وعَلِمَهُ ، فلا معنى لاعتبار كيله مرّةً ثانيةً ، وعنه لا يُجزىء ، وهو مذهب الشافعىّ . لأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ » وهذا داخلٌ فيه ، ولأنّه قبضَه بغير كيل ، أشبه ما لو قبضه جِزَافاً ، ولو قال زيد لعمرو : احْضُرْنَا حَتّى أكتاله لنفسى ، ثم تكتالَهُ أنت ، وفَعَلاَ ، صحَّ بغير إشكال ، وإن اكتاله زيد لنفسه ، ثم أخذه عمرو بذلك الكيل الذى شاهده ، فعلى روايتين ، وإن تركه زيدٌ فى المكيال ، ودفعه إلى عمرو ليفْرِغه لنفسه ، صحّ ، وكان ذلك قبضاً صحيحاً ، لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ، ولا معنى لابتداء الكيل ههنا ، إذ لا يحصُل به زيادةُ علم ، وقال أصحاب الشافعىّ : لا يصحّ ، لنهى النبىّ صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجْرِيَ فيه الصَّاعَانِ ، وهذا يُمكن القول بمُوجبَه ، وقبض المشترى له فى المكيال جَرْىٌ لصَاعَيْهِ فيه ، ولو دفع زيدٌ إلى عمرو دراهم ، فقال : اشتر لك بها مثل الطعام الذى لك علىّ ، ففعل ، لم

يصح ، لأنَّ دراهم زيد لا يكون عِوضُها لعمرو ، فإن اشترى الطعامَ بعينها ، أو فى ذمَّته ، فهو كتصرُّف الفضولىّ على ما تبيَّن ، وإن قال : اشترِ لى بهـا طعاماً ، ثم أَقْبِضْهُ لنفسك ففعل ، صحّ الشراء ، ولم يصحّ القبضُ لنفسه على ما تقدَّم فى مثل هذه الصورة ، وإن قال : اقبِضْهُ لنفسك ، ففعل جاز ، نصّ أحمدُ على نظير ذلك ، وهكذا جميعُ المسائل التى تقدّمت ، إذا حصل الطعامُ فى يد عمر لزيدٍ ، فأذن له أن يقبضَ من نفسِهِ ، وقال أصحابُ الشافعىّ : لا يصحّ ، لأنه لا يجوز أن يكون قابضاً لنفسه من نفسه .

ولنا : أنه يجوز أن يشترى لنفسه من مال ولده ، ويقبضَ لنفسه من نفسه ، وكذلك لو وهب لولده الصغير شيئاً جاز أن يَقْبَلَ له من نفسه ، ويقبضَ منها ، فكذا ههنا .

٢٩٤٢ (فصل) وإن اشترى اثنان طعاماً فقبضاه ، ثم باع أحدهما للآخر نصيبه قبل أن يقتسماه احتمل أن لا يجوز ذلك . وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، كرها أن يبيع الرجُل من شريكه شيئاً مما يُكالُ ، أو يوزن قبل أن يقتسماه . لأنه لم يقبض نصيبهُ مُنفرداً . فأشبه غير المقبوض . ويحتمل الجواز . لأنه مقبوض لهما يجوزُ بيعُه لأجنبىّ . فجاز بيعُه لشريكه ، كسائر الأموال ، فإن تقاسماه ، وتفرّقا ، ثم باع أحدهما نصيبه بذلك الكيل الذى كاله لم يجُزْ ، كما لو اشترى من رجل طعاماً ؛ فاكتاله ، وتفرقا ، ثم باعه إيّاه بذلك الكيل ، وإن لم يتفرّقا خرج على الروايتين اللتين تقدّمتا .

٢٩٤٣ « مسألة » قال ﴿ والشركة فيه والتولية والحوالة كالبيع ﴾

وجملته : أن مايحتاج إلى القبض لا تجوزُ الشركة فيه ، ولا توليتُه ، ولا الحوالةُ به قبل قبضه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعىّ . وقال مالك : يجوزُ هذا كلُّه فى الطعام قبل قبضه لأنَّها تختصّ بمثل الثمن الأوّل . فجازت قبل القبض كالإقالة .

ولنـا : أن هذه أنواعُ بَيْـع ، فتدخل فى عموم النهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه . فإنّ الشركة بيعُ بعض المبيع بِقِسْطِه من ثمنه ، والتوليةُ بيعُ جميعه بمثل ثمنه . ولأنه تمليكٌ لغيرِ من هو فى ذِمَّتــه . فأشـبه البيـع . وفارق الإقالة . فإنها فسـخ للبيـع . فأشبهت الردّ بالعيب . وكذلك لا تصحّ هبته ، ولا رهنه ، ولا دفعهُ أجرةً ، ولا ما أشبه ذلك من التصرُّفات المفتقِرة إلى القبض . لأنه غيرُ مقبـوض . فلا سبيل إلى إقباضه .

٢٩٤٤ (فصل) وأما التولية ، والشركة فيما يجوز بَيعُه فجائزان . لأنهما نوعان من أنواع البيـع . وإنما اختصّا بأسماء ، كما اختصّ بيـعُ المرابحة ، والمواضَعَة بأسماء . فإذا اشـترى شيئاً فقال له رجلٌ : أشركنى فى نصْفِه بنصف الثمن . فقال : أشركتك ، صحّ ، وصار مُشتركاً بينهما . وإن قال : وَلِّنى ما اشتريتَه بالثمن ، فقال . وَليتُك ، صحّ إذا كان الثمنُ معـلوماً لهما . فإن جهله أحَدُهما لم يصِـحّ ، كما لو باعه بالرقم .

ولو قال : أشركنى فيه ، أو قال : الشركة فيه فقال : أشركتُك ، أو قالَ : وَلَّنى ما اشتريتَ . ولم يذكر الثمن . صَحّ إذا كان الثمنُ معلوماً . لأنّ الشركة تقتضى ابتياعَ جُزء منه بقسطه من الثمن . والتوليةُ ابتياعُه بمثل الثمن . فإذا أطلق اسمه انصرف إليه ، كما لو قال : أَقِلْنى . فقال . أَقلتُكَ . وفى حديثٍ عن زُهْرَةَ ابن مَعْبدٍ « أنَّه كانَ يَخْرُجُ به عبدُ الله بنُ هشام إلى السُّوقِ فَيَشْتَرِى الطَّعامَ ، فَيَتَلَقَّاهُ ابنُ عُمَرَ الزّبَيْرِ فَيَقُولاَنِ له : أَشْرِكْنَا ، فإنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم دَعَا لَكَ بِالْبَرَكَةِ . فَيُشْرِكُهُمْ فَرُبَّمَا أَصَابَ الرّاحِلَة ، كَمَا هِىَ ، فَيَبْعَثُ بِهاَ إِلَى الْمَنْزِلِ » ذكره البخارىّ ، ولو اشترى شيئاً ، فقال له رجل : أشركنى ، فأشركه ، انصرف إلى نصفهِ . لأنَّهَا بإطلاقها تقتضى التسوية . فإن اشترى اثنان عبداً فاشتركا فيه ، فقال لهما رجل : أشركانى فيهِ فقالا : أشركناكَ . احتمل أن يكون له النصف . لأن إشراكهما لو كان من كلّ واحد منهما مُنفَرِدًا كَانَ لَه النصف . فكذلك حال الاجتماع . ويحتمل أن يكون له الثلث . لأن الاشتراكَ يفيد التساوى . ولا يحصُلُ التساوى إلا بجعله بينهم أثلاثاً . وهذا أصحّ . لأن إشراك الواحد إنما اقتضى النصف ، لحصول التسوية بِهِ . وإن أشركه كلّ واحد منهما مُنفرداً كان له النصف . ولكل واحد منهما الربعُ . وإن قال : أشركانى فيه فأشركه أحدُهما . فعلى الوجه الأول : يكون له نصف حِصَّة الذى أشركه ، وهو الربعُ . وعلى الآخَر له السدسُ [1] . لأن طلبَ الشركة منهما يقتضى طلب ثلث[2] مافى يد كلّ واحدٍ منهما ، ليكونَ مساوياً لهما ، فإذا أجابهُ أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه وإن قال له أحدهما : أشركناكَ انبنى على تصرّف الفضولىّ . فإن قلنا : يقف على الإجازة من صاحبه فأجازه ، فهل يثبت له الملك فى نصفه أو فى ثلثه : على الوجهين ، ولو قال لأحدهما : أشركنى فى نصف هذا العبد فأشركه. فإن قلنا : يقف على الإجازة من صاحبه فأجازه . فله نصف العبد ولهما نصفه ، وإلا فله نصف حِصّة الذى أشركه : وإن اشترى عبداً فلقيه رجل فقال : أشركنى فى هذا العبد ، فقال : قد أشركتك ، فله نصفه ، فإن لقيه آخر فقال : أشركنى فى هذا العبد . وكان عالماً بشركة الأول . فله ربع العبد ، وهو نصف حصة الذى أشركه . لأن طلبه للاشتراك رجع إلى ما ملكه المشارك . وهو النصف فيكون بينهما . وإن لم يعلم بشركة الأول . فهو طالب لنصف العبد لاعتقاده أن العبد كلّه لهذا الذى طلب منه المشاركة . فإذا قال له : أشركتك فيه احتمل ثلاثة أوجه :

---

(١) مقتضى المسألة أن يكون له الربع ، لأن أحدهما أشركه ، وله نصف الشىء ، ونصف النصف ربع ، فيكون للذى لم يشركه النصف وله الربع ولمن أشركه الربع .

(٢) طلب الشركة منهما يقتضى قسمة الشىء ثلاثة أثلاث فإذا امتنع أحدهما عن إشراكه ، فيكون الذى أصابه موافقاً على إشراكه فى نصيبه ، وإذا أطلقت الشركة تنصرف إلى النصف ، فيكون شريكا فى نصف الذى أشركه بالنصف ، فيكون له الربع.

أحدها : أن يصير له نصف العبد كلّه ، ولا يبقى للذى أشركه شىء ، لأنّه طلب منه نصف العبد . فأجابه إلى ذلك . فصار كأنّه قال : بعنى نصف هذا العبد ، فقال : بعتُك ، وهذا قول القاضى .

الثانى : أن ينصرف قوله شَرِكْتُكَ فيه إلى نصف نصيبه ، ونصف نصيب شريكه . فينفذ فى نصف نصيبه ، ويقف فى الزائد على إجازة صاحبه على إحدى الروايتين . لأن لفظ الشركة يقتضى بيع بعض نصيبه ، ومساواة المشترى له . فلو باع جميع نصيبه لم يكن شَرِكَةً ، ولا يستحقّ فيه ما طلب منه .

والثالث : أن لا يكون للثانى إلا الربع بكلّ حال . لأن الشركة إنما تثبت بقول البائع : شَرِكْتُكَ . لأن ذلك هو الإيجاب الناقلُ للملك ، وهو عالم أنّه ليس له إلا نصف العبد ، فينصرفُ إيجابه إلى نصف ملكه . وعلى هذين الوجهين : لطالب الشركة الخيارُ . لأنّه إنما طلب النصف ، فلم يحصُل له جميعُه ، إلا أن نقول : بوقوفه على الإجازة فى الوجه الثانى . فيُجيزه الآخرُ ، ويحتملُ أن لا تصحّ الشركة أصلا ، لأنه طلب شراء النصف . فأجيب فى الربع . فصار بمنزلة مالو قال : بعنى نصف هذا العبد ، قال . بعتُك رُبْعَه .

٢٩٤٥ (فصل) ولو اشترى قفيزاً من الطعام ، فقبض نصفه ، فقال له رجل : بعنى نصف هـذا القفيز ، فباعه ، انصرف إلى النصف المقبوض كلّه . لأن البيع ينصرف إلى ما يجوز له بيعُه ، وهو النصف المقبوض . وإن قال : أشركنى فى هذا القفيز بنصف الثمن ، ففعل ، لم تصحّ الشركةُ إلا فيما قبض منه . فيكون النصفُ المقبوض بينهما ، لكلّ واحد منهما رُبُعه بقسطه من الثمن . لأن الشركة تقتضى التسوية ، هكذا ذكره القاضى : والصحيحُ إن شاء الله تعالى : أنه تنصرفُ الشركة إلى النصف كلّه . فيكون تابعاً لما يصحّ بيعُه ، ومالا يصحّ . فيكون ذلك من صور تفريق الصفقة . فلا يصحّ فى الربع الذى ليس بمقبوض ، وهل يصحّ فى المقبوض ؟ على وجهين .

٢٩٤٦ (فصل) فأما الحَوالةُ فمعناه أن يكون على مشترى الطعام طعامٌ من سَلَمٍ أو من قرض ، مثل الذى اشتراه ، فيقول لغريمه : اذهب ، فاقبض الطعام الذى اشتريتُه لنفسك ، فلا يجوز ذلك . لأنه لا يجوزُ أن يُقبِضَهُ قبل قبضه له ، وقد ذكرنا تفريع هذا فى الفصل الذى قبل هذه المسألة .

٢٩٤٧ (فصل) إذا كان لرجل فى ذمة آخَرَ طعامٌ من قرض ، لم يجُز أن يبيعه من غيره قبل قبضه . لأنّه غيرُ قادر على تسليمه . ويجوزُ بيعُه ممّن هو فى ذمته فى الصحيح من المذهب . لحديث ابن عمر « كُنَّا نَبِيعُ الأَبْعِرَةَ بِالْبَقِيعِ بِالدَّرَاهِمِ فَنَأْخُذُ مَكَانَهَا الدَّنانِيرَ » وهذا مذهبُ الشافعىّ . ورُوى أنه لا يصحّ ، كما لا يصحّ فى السَّلَمِ . والأول أولى ، فإن اشتراه منه بموصوفٍ فى الذّمة من غير جنسه جاز . ولا يتفرقان[1] قبل القبض . لأنه يكون بيع دَيْن بدين . فإن أعطاه معيّناً مما يُشترط فيه التقابض ، مثلُ

---

(١) فى الأصل ولا يتفرقا ، بدون نون وقد زدنا النون لأن القواعد النحوية تقتضيها ، ولا موجب لحذفها .

أن أعطاه بدل الحنطةِ شعيراً جاز . ولم يجُز التفرّق قبل القبض . وإن أعطاه معيّناً لا يُشترط فيه التقابُض جاز التفرّق قبل القبضِ ، كما لو قال : بعتُك هذا الشعير بمائة درهم فى ذمّتك . ويحتمل أن لا يجوز . لأنّ المبيع فى الذّمة ، فلم يجُز التفرّق قبل القبض كالسّلَم .

٢٩٤٨ (فصل) وإذا قال رجل لغريمه : بعنى هذا على أن أقضيك دَينك منه ، ففعل . فالشرط باطلٌ . لأنه شرط ألا يتصرّف فيه بغير القضاء ، وهل يبطل البيع ؟ ينبنى على الشروط الفاسدة فى البيع ، هل تبطلُه ؟ على الروايتين ، وإن قال : اقضنى حقى على أن أبيعَك كذا ، وكذا . فالشرط باطلٌ ، والقضاء صحيح ، لأنه قبضه حقّه ، وإن قال : اقضنى أجودَ من مالى على أن أبيعك كذا ، وكذا . فالقضاء والشرط باطلان ، وعليه ردّ ما قبضه ، والمطالبةُ بماله .

٢٩٤٩ « مسألة » قال ﴿ وليس كذلك الإقالة . لأنها فسخ ، وعن أبى عبدالله : الإقالة بيع ﴾ اختلفت الرواية فى الإقالة . فعنه أنّها فسخ ، وهو الصحيح . واختيار أبى بكر . وهو مذهب الشافعىّ .

والثانية : أنها بيع . وهى مذهب مالك . لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التى خرج عليها منه . ولما كان الأوّل بيعاً ، كذلك الثانى ، ولأنه نقل الملك بعوض على وجه التراضى . فكان بيعاً كالأول وحُكى عن أبى حنيفة : أنها فسخ فى حق المتعاقدين ، وبيعٌ فى حقّ غيرهما . فلا تثبُت أحكام البيع فى حقّهما . بل تجوز فى السلَم ، وفى المبيع قبل قبضه ، ويثبُت حكم البيع فى حقّ الشفيع ، حتى يجوز له أخذُ الشّقصِ الذى تقايلا فيه بالشفعة .

ولنا : أن الإقالة هى الدفع ، والإزالة ، يقال : أقالك الله عَثْرَتَكَ ، أى أزالها . قال النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَقَالَ نَادِماً بَيْعَتَهُ أَقَالَهُ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ[1] »قال ابن المنذر : وفى إجماعهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، مع إجماعهم على أن له أن يُقِيلَ المُسْلِمَ جميع المُسْلَمَ فيه: دليل على أن الإقالة ليست بيعاً ، ولأنها تجوز فى المسلم فيه قبل قبضه . فلم تكنْ بيعاً ، كالإسقاط ولأنها تتقدّر بالثمن الأول ، ولو كانت بيعاً لم تتقدّر به ، ولأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقدُ به البيعُ . فكان فسخاً ، كالردّ بالعيب . ويدلّ على أبى حنيفة بأنَّ ما كان فسخاً فى حقّ المتعاقدين كان فسخاً فى حقّ غيرهما ، كالردّ بالبيع ، والفسخ بالخيار ، ولأنّ حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص ، دون شخص ، والأصلُ اعتبارُ الحقائق .

٢٩٥٠ (فصل) فإن قلنا هى فسخ جازت قبل القبض وبعده ، وقال أبو بكر : لا بدّ فيها من كيل ثانٍ ، ويقومُ الفسخ مقام البيع فى إيجاب كيل ثانٍ ، كقيام فسخ النكاح مُقام الطلاق فى العدّة .

ولنا : أنه فسخ للبيع ، فجاز قبل القبض ، كالردِّ بالعيب ، والتدليس ، والفسخ بالخيار ، أو اختلاف

(١) رواه أبو داود وابن ماجة .

المتبايعين ، وفارق العدّة . فإنها اعتُبرت للاستبراء . والحاجةُ داعيةٌ إليه في كلِّ فُرْقةٍ بعد الدخول ، بخلاف مسألتنا .

فإن قلنا : هي بيع لم يجُز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض . لأنّ بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوزُ ، كما لا يجوز من غيره . ولا يستحقّ بها الشُّفْعةُ إن كانت فسخاً ؛ لأنّها رفعٌ للعقد ، وإزالة له ، وليست بمعاوضة . فأشبهت سائر الفُسوخ . ومن حلف لا يبيع ، فأقال لم يحنَثْ ، ولو كانت بيعاً استُحِقَّت بها الشفعة ، وحَنِث الحالف على ترك البيع بفعلها ، كسائر أنواع البيع ، ولا تجوز إلاّ بمثل الثمن سواء . قلنا : هي فسخ ، أو بيع . لأنّها خصّت بمثل الثمن كالتولية ، وفيه وجه آخر : أنها تجوز بأكثر من الثمن الأول ، وأقل منه ، إذا قلنا : إنها بيع كسائر البياعات . فإن قلنا : لا تجوز إلاّ بمثل الثمن الأول فأقال بأقلّ منه ، أو أكثر . لم تصحّ الإقالة . وكان المِلْكُ باقيا للمشترى . وبهذا قال الشافعيّ ، وحُكي عن أبي حنيفة : أنّها تصحّ بالثمن الأول . ويبطُل الشرط . لأن لفظ الإقالة اقتضى مثل الثمن . والشرط ينافيه . فبطل ، وبقي الفسخ على مقتضاه ، كسائر الفُسُوخ .

ولنا : أنه شرط التفاضل فيما يُعتبر فيه التماثلُ ، فبطل ، كبيع درهم بدرهمين . ولأن القصد بالإقالة ردّ كلِّ حقّ إلى صاحبه . فإذا شرط زيادةً أو نقُصاناً أخرج العقد عن مقصوده ، فبطَل ، كما لو باعه بشرط أن لا يُسلِّمَ إليه . ويفارق سائر الفسخ . لأنّه لا يُعتبر فيه الرضا منهما ، بل يستقلّ به أحُدهما . فإذا شرط عليه شيء لم يلزمه ، لتمكنّه من الفسخ بدونه ، وإن شرط لنفسه شيئاً لم يلزمه أيضاً . لأنه لا يستحقّ أكثر من الفسخ ، وفي مسألتنا لا تجوزُ الإقالة إلا برضاهما . وإنما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص . فإذا أبطلنا شرطه فات رضاه . فتبطُل الإقالة لعدم رضاه بها.

٢٩٥١ « مسألة » قال ﴿ ومن اشترى صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها ﴾ .

هذه المسألة تدل على حكمين :

أحدهما : إباحة بيع الصُّبرةِ جزافاً مع جهل البائع والمشترى بقدرها . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعيّ . ولا نعلم فيه خلافا . وقد نصّ عليه أحمد . ودلّ عليه قول ابن عمر « كُنَّا نَشْتَرِي الطعام من الرُّكْبانِ جِزَافاً . فنَهانَا رَسُولُ اللهِ صَلّي اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكانِهِ » متفق عليه ، ولأنه معلوم بالرؤية فصحّ بيعُه كالثياب ، والحيوان ، ولا يضرّ عدم مشاهدة باطن الصُّبْرة . فإنّ ذلك يشقّ ، لكون الحَبّ بعضُه على بعض ، ولا يمكن بسطُها حَبَّةً حَبَّةً . ولأنّ الحَبّ تتساوى أجزاؤه في الظاهر ، فاكتفِيَ برُؤية ظاهره ، بخلاف الثوب . فإنّ نشره لا يشقّ ، ولم تختلف أجزاؤه ، ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة . لأنّه علم ما اشترى بأبلغ الطرق ، وهو الرؤية . وكذلك لو قال : بعتُك نصفَ هذه

الصُّبرة ، أو ثلثها ، أو جزءاً منها معلوماً جاز . لأن ما جاز بيعُ جملته جاز بيعُ بعضه ، كالحيوان ، ولأن جملتها معلومةٌ بالمشاهدة ، فكذلك جزؤها . قال ابن عقيل : ولا يصحّ هذا إلا أن تكون الصُّبرة متساويةَ الأجزاء . فإن كانت مختلفةً ، مثل صُبْرة بقّال القريةِ لم يصحّ . ويحتمل أن يصحّ . لأنه يشترى منها جزءاً مُشاعاً ، فيستحق من جيّدها ورديئها بقِسْطِهِ . ولا فرق بين الأثمان ، والمثمَنات فى صحّة بيعها جِزَافاً ، وقال مالك : لا يجوز فى الأثمان . لأنّ لها خطراً ، ولا يشقّ وزنها ، ولا عددها . فأشبه الرقيق، والثيـاب .

ولنا : أنه معلوم بالمشاهدة . فأشبه المثمَنات ، والنقرة[1] والحلىّ . ويبطُل بذلك ما قاله . وأما الرقيق فإنه يجوز بيعهم إذا شاهدهم ، ولم يَعُدّهم . وكذلك الثياب إذا نشرها ، ورأى جميع أجزائها .

الحكم الثانى : أنه إذا اشترى الصُّبرة جِزافاً لم يجز له بيعُها حتى ينقُلها . نصّ عليه أحمد فى رواية الأثرم . وعنه روايةٌ أخرى : له بيعُهاقبل نقلها . اختارها القاضى . وهو مذهب مالك . لأنه مبيعٌ متعيّن ، لا يحتاج إلى حقّ تَوْفِيةٍ . فأشبهَ الثوب الحاضر .

ولنا : قول ابن عمر « إن[2] كُنَّا نَشْتَرِى الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافاً . فَنَهَانَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ » وعموم قوله عليه السلام « مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » مع ما ذكرنا من الأخبار ، وروى الأثرم باسناده عن عُبَيْد بن حُنَيْن قال « قَدِمَ زَيْتٌ مِنَ الشَّامِ فَاشْتَرَيْتُ مِنهُ أبعِرَةً ، وفَرَغْتُ مِنْ شِرَائِهَا . فَقَامَ إِلَيَّ رَجُلٌ فَأَرْبَحَنِى فِيهَا رِبْحاً . فَبَسَطْتُ يَدِى لأُبَايِعَهُ . فَإِذَا رَجُلٌ يَأْخُذُنِى مِنْ خَلفِى . فَنَظَرتُ فَإِذَا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، فقالَ : لَا تَبِعْهُ حَتَّى تَنْقُلَهُ إِلَى رَحْلِكَ . فَإِنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّمَ أَمَرَنَا بِذَلِكَ » فإذا تقرر هذا فانّ قبضَها نقلُها ، كما جاء فى الخبر . ولأنّ القبض لو لم يعيّن فى الشرع لوجب ردّه إلى العرف ، كما قلنا فى الإحياء ، والإحراز ، والعادةُ فى قبض الصُّبرةِ النقلُ .

٢٩٥٢ (فصل) ولا يحلّ لبائع الصُّبرة أنَ يغُشّها بأنْ يجعلها على دِكَّةٍ ، أوَ رَبوةٍ ، أو حَجَر ينقصها أو يجعلُ الردىء فى باطنها ، أو المبلولَ ، ونحوَ ذلك . لما روَى أبو هريرة « أنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى الله عليه وَسلَّم مَرَّ عَلَى صُبْرَةٍ مِنْ طَعَامٍ ، فَأَدْخَلَ يَدَهُ ، فَنَالَتْ أَصَابِعُهُ بَلَلاً . فقالَ : يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ ، مَا هَذَا ؟ قال : أَصَابَتْهُ السَّماءُ يَارَسُولَ اللهِ . قالَ : أَفَلاَ جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ حَتَّى يَرَاهُ النَّاسُ ؟ ثُمَّ قال : مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » قال الترمذىّ : هـذا حديث حسن صحيح . فإذا وجد ذلك ولم يكن

---

(١) النقرة : بضم النون وسكون القاف ، القطعة المذابة من الذهب والفضة .

(٢) هكذا فى الأصل والروايات التى وردت لهذا الحديث بدون (إن) ولعل هذه رواية أخرى .

المشترى علم به فله الخيار بين الفسخ وأخذ تفاوت ما بينهما ، لأنه عيب . وإن بان تحتها حُفْرَة ، أو بان باطنُها خيراً من ظاهرها ، فلا خيار للمشترى . لأنه زيادة له . وإن علم البائعُ ذلك فلا خيار له . لأنه دخل على بَصِيرَةٍ به . وإن لم يكن علم فله الفسخُ ، كما لو باع بعشرين درهما فوزنها بصَنْجَةٍ ، ثم وجد الصَّنْجَةَ زائدةً كان له الرجوعُ . وكذلك لو باع بمكيال ثم وجده زائداً . ويحتمل أنه لا خيار له . لأن الظاهر أنه باع ما يعلم . فلا يثبت له الفسخ بالاحتمال .

٢٩٥٣ « مسألة » قال ﴿ ومن عرف مبلغ شيء لم يبعه صُبْرة ﴾

نصّ أحمد على هذا فى مواضع . وكرهه عطاء ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وعِكْرِمة ، وبه قال مالك ، وإسحاق . وروى ذلك عن طاوس . قال مالك : لم يزل أهلُ العلم يَنْهَوْن عن ذلك ، وعن أحمد : أن هذا مكروه غيرُ محرّم ، فإن بكر بن محمد روى عن أبيه : أنه سأله عن الرجل يبيعُ الطعام جِزَافاً ، وقد عرف كيلَه . وقلت له : إن مالكاً يقول : إذا باع الطعام ولم يعلم المشترى . فإن أحبّ أن يردّ ردّه . قال : هذا تغليظ شديد ، ولكن لا يُعجبنى إذا عرف كيله إلاّ أن يُخْبِرهُ . فإن باعه فهو جائز عليه . وقد أساء ، ولم يرَ أبو حنيفة ، والشافعىّ بذلك بأساً ، لأنه إذا جاز البيع مع جهلهما بمقداره ، فمع العلم من أحدهما أولى . ووجه الأول : ما روى الأوزاعىّ : أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « مَنْ عَرَفَ مَبْلَغَ شَيْءٍ فَلَا يَبِعْهُ جِزَافاً حَتَّى يُبَيِّنَهُ » قال القاضى : وقد رُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم « أَنَّه نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ مُجَازَفَةً ، وَهُوَ يَعْلَمُ كَيْلَهُ » والنهىُ يقتضى التحريم. وأيضاً الإجماعُ الذى نقله مالك . ولأن الظاهر . أن البائع لا يعدل إلى البيع جِزَافاً مع علمه بقدر الكيل إلا للتغرير بالمشترى ، والغشّ له . ولذلك أثر فى عدم لزوم العقد ، وقد قال عليه السلام « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » فصار كما لو دلّس العيبَ ، فإن باع ما علم كيلَه صُبْرَةً ، فظاهرُ كلام أحمد فى رواية محمد بن الحكم أن البيع صحيحٌ لازم ، وهو قول مالك ، والشافعىّ ، لأنّ المبيع معلوم لهما ، ولا تغرير من أحدهما ، فأشبه ما لو علما كيله ، أو جهلاه ، ولم يثبُت ما روى من النهى فيه . وإنما كرهه أحمدُ كراهةَ تنزيه ، لاختلاف العلماء فيه . ولأن استواءهما فى العلم والجهل أبعدُ من التغرير ، وقال القاضى وأصحابه : هذا بمنزلة التدليس ، والغشّ إن علم به المشترى. فلا خيار له . لأنه دخل على بصيرة ، فهو كما لو اشترى مُصَرَّاةً[1] يعلمُ تصْرِيَتَها ، وإن لم يعلم أن البائع كان عالماً بذلك فله الخيارُ فى الفسخ ، والإمضاء . وهذا قول مالك . لأنه غِشّ ، وغَدْرٌ من البائع . فصحّ

---

(١) المصراة : أنثى الأنعام التى يترك لبنها فى ثديها ولا تحلب مدة حتى يمتلىء ثدياها باللبن فيراها المشترى فيعتقد أنها كثيرة اللبن من غير تصرية ولا غش ، إذا لم يعلم المشترى به ، فإذا علم به فلا غش لأنه دخل على بصيرة .

العقدُ معه . ويثبُت للمشترى الخيارُ . وذهب قوم من أصحابنا إلى أن البيع فاسد . لأنه منهىّ عنه . والنهىُ يقتضى الفساد .

٢٩٥٤ (فصل) وإن أخبره البائع بكيله ، ثم باعه بذلك الكيل ، فالبيعُ صحيح ، فإن قبضه باكتياله ، تمّ البيعُ والقبضُ . وإن قبضه بغير كيل ، كان بمنزلة قبضه جزافاً . فإن كان المبيع باقياً كاله عليه . فإن كان قَدْرَ حقّه الذى أخبره به فقد استوفاه . وإن كان زائداً ردّ الفضلَ . وإن كان ناقصاً أخذ النقص. وإن كان قد تلف ، فالقولُ قولُ القابض فى قدره مع يمينه ، سواء كان النقصُ قليلاً أو كثيراً . لأن الأصل عدمُ القبض ، وبقاء الحقّ . وليس للمشترى التصرّف فى الجميع قبل كيله . لأن للبائع فيه عُلْقَةً . فإنّه لو زاد كانت الزيادة له ، ولا يتصرّف فى أقلّ من حقّه ، بغير كيل . لأنّ ذلك يمنعُه من معرفة كيله . وإن تصرّف فيما يتحقّق أنه مستحق له ، مثل أن يكون حقّه قفيزاً ، فتصرّف فى ذلك ، أو فى أقلّ منه بالكيل ، ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك . لأنه تصرّف فى حقّه بعد قبضه . فجاز ، كما لو كيل له .

والثانى : لا يجوز . لأنه لا يجوز له التصرّف فى الجميع . فلم يجُز له التصرّف فى البعض ، كما قبل القبض . وإن قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافاً . فأمّا إن أعلمه بكيله ، ثم باعه إيّاه مُجازَفَةً على أنّه له بذلك الثمن ، سواء كان زائداً ، أو ناقصاً لم يجُز . لما روى الأثرم بإسناده عن الحكم قال « قَدِمَ طَعَامٌ لعُثْمَانَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم فقالَ : اذْهَبُوا بِنَا إِلَى عُثْمَانَ نُعِينُهُ عَلَى طَعَامِهِ » . فقامَ إلى جَنْبِه . فقال عُثمان : فى هذه الغِرارةِ كذا ، وكذا ، وابتعتها بكذا ، وكذا . « فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْه وسلَّم : إِذَا سَمَّيتَ الكَيْلَ فَكِلْ » قال أحمد : إذا أخبره البائعُ أنّ فى كل قارورة مَنًّا[1]، فأخذ بذلك ، ولا يكتالُه فلا يُعجبنى . لقوله لعُثمان « إذا سَمَّيْتَ الكَيْلَ فَكِلْ » قيل:له إنهم يقولون : إذا فُتِح فسد . قال : فلم لا تفتحون واحداً وتزنون الباقى ؟

٢٩٥٥ (فصل) ولو كال طعاماً وآخرُ ينظرُ إليه ، فهل لمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل ثانٍ ؟ على روايتين ، نصّ عليهما .

إحداهما : لا يحتاج إلى كيل ، لأنه شاهد كيلَه ، فأشبه ما لو كيل له .

والثانية : يحتاجُ إلى كيل ، لأنّه بيعٌ . فاحتاج إلى كيل ، للأخبار ، والقياس على البيع الأول ، ولو كاله البائع للمشترى ، ثم اشتراه منه ، فكذلك . لما ذكرنا فى التى قبلها . ولو اشترى اثنان طعاماً

---

(١) المنا : مكيال معروف عند العرب ، ومن أمثالهم (السمن منوان بدرهم) وهذا يدل على أنه مكيال صغير .

فاكتالاه ، ثم ابتاع أحدُهما حِصةَ شريكه قبل تفرّقهما ، فقال أحمد فى رواية حرب : إذا اشتريا غَلّة، أو نحوَها ، وحضراها جميعاً ، وعرفا كيلها ، فقال أحدُهما لشريكه : بعنى نصيبَك ، وأُرْبِحُكَ ، فهو جائز ، وإن لم يحضر هذا المشترى الكيلَ ، فلا يجوز إلاّ بكيل ، قال ابن أبى موسى : وفيه رواية أخرى : لا بدّ من كيله . ووجهها ما تقدم . قال القاضى : ومعنى الكيل فى هذه المسائل . أنه يرجع فى قدره إلى قول القابض . إذا كان النقص يسيراً يقعُ مثلُه فى الكيل ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان لا يقع مثله فى الكيل ، لم يُقبل قولهُ . لأنّا نتحقّق كذبه . بخلاف مسائل الفصل الذى قبله . لأنه لم يُكَلْ بحضرته . والظاهرُ : أنه أراد بالكيل حقيقته دون ما ذكره القاضى . وفائدة اعتبار الكيل ، ما ذكره القاضى . وأنه لا يجوز المشترى التصرّف فيه إلاّ ما ذكرنا فى الفصل الذى قبله . وإن باعه للثانى فى هذه المواضع على أنه صُبْرةٌ جاز . ولم يفتقر إلى كيل ثانٍ . والقبض فيه بنقله كسائر الصُّبَر .

٢٩٥٦ (فصل) قال أحمد ، فى رجل يشترى الجَوْز فيعُدّ فى مِكْتَل ألفَ جوْزَةٍ ، ثم يأخذُ الجوز كلّه على ذلك المعيار . قال : لا يجوز ، وقال فى رجل ابتاع أعكاماً كيلاً وقال للبائع : كِلْ لى عُكْمًا نها[1] واحداً واحداً ، وما بقى على هذا الكيل : أكره هذا ، حتى يكيلَها ، كلّها ، وقال الثورى: كان أصحابُنا يكرهون هذا . وذلك لأن ما فى العُكوم يختلف : فيكون فى بعضها أكثرُ من بعضٍ . فلا يُعلم ما فى بعضها بكيل البعض . والجوز يختلف عددُه ، فيكون فى أحد المكتَلَيْن أكثرُ من الآخر . فلا يصحّ تقديره بالكيل ، كما لا يصحّ تقدير المكيل بالوزن ، ولا الموزون بالكيل .

٢٩٥٧ «مسألة» قال ﴿ وإذا اشترى صُبْرةَ على أنْ كلّ مكيلةٍ منها بشىء معلوم جاز ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا قال : بعتك هذه الصبرةَ كلّ قفيز منها بدرهم صحّ . وإن لم يعلما مقدار ذلك حال العقد . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : يصحّ فى قفيز واحد ويبطل فيما سواه ، لأنّ جملةَ الثمن مجهولة . فلم يصحّ ، كبيع المتاع برَقْمِه[2] .

ولنا : أن المبيع معلوم بالمشاهدة ، والثمنُ معلومٌ لإشارته إلى ما يعرف مبلغَهُ ، بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهوأن تُكال الصُّبْرةُ ويقسّط الثمنَ على قدر قُفْزَانها . فيعلم مبلغُه فجاز، كما لو باع ما رأسُ ماله اثنان وسبعون مرابحةً لكلّ ثلاثةَ عشرَ دِرْهمًا درهم . فانّه لا يعلم فى الحال ، وإنما يُعلم بالحساب ، كذا ههنا . ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة ، والثمنُ معلوم قدر ما يقابل كلّ جزء من المبيع ، فصحّ ، كالأصل

---

(١) العكمان ، والأعكام جمع عكم بكسر العين وسكون الكاف ، وهو الطعام ونحوه الموضوع فى ثوب مشدود ، أو فى جوال أو نحوه .

(٢) برقمه : أى بالرقم المكتوب عليه كيلا أو وزنا .

المذكور ، وقد رُوى عن علىّ رضى الله عنه « أنه آجرَ نفسَهُ كُلّ دَلْو بتمرةٍ ، وجاء النبيّ صَلّى اللهُ عَليه وسَلّم بالتَّمر » .

٢٩٥٨ (فصل) ولو قال : بعتُك من هذه الصُّبْرَةِ قفيزاً أو قال : عشرة أقْفِزَة ، وهما . يعلمان أنها أكثر من ذلك صحّ ، وحُكى عن داود : أنه لا يصحّ ، لأنه غير مُشاهدٍ ولا موصوف .

ولنا : أن المبيع مقدر معلوم من جملةٍ يصحّ بيعُها ، أشبه إذا باع نصفها . وما ذكره قياس ، وهو لا يحتجّ بالقياس ثم لا يصح . فإنّه إذا شاهد الجملة فقد شاهد المبيع ، لأنه بعضها .

٢٩٥٩ (فصل) وإن قال بعتك من هذه الصُّبرة كلّ قفيز بدرهم لم يصحّ . لأن « من » للتبعيض . « وكلّ » للعدد ، فيكون ذلك العددُ منها مجهولا ، ويحتمل إن يصحّ البيع ، كما يصحّ فى الإجارة كلّ دَلْو بتَمرةٍ ، وكلّ شهر بدرهم . وإن قال : بعتُك هـذه الصُّبرةَ الأخرى بعَشَرةِ دراهم ، على أن أزيدك قَفِيزاً ، أو أنقُصَك قفيزاً لم يصحّ . لأنه لا يدرى : أيزيده ، أم ينقُصُه ، ولو قال : على أن أزيدك قفيزاً لم يُجز . لأن القفيز مجهولٌ . ولو قال : أزيدُك قفيزاً من هذه الصُّبرة الأخرى ، أو وصفه بصفةٍ يُعلَم بها صحّ . لأن معناه : بعتُك هذه وقفيزاً من هذه الأخرى بعشَرَة دراهم . وإن قال : على أن أنقُصك قفيزاً لم يصحّ . لأن معناه : بعتُك هذه الصبّرة إلاّ قفيزاً كل قفيزٍ بدرهم ، وشىء مجهولٍ . لو قال : بعتُك هـذه الصُّبرة كلّ قفيز بدرهم ، على أن أزيدك قفيزاً من هـذه الصبرة الأخرى لم يصحّ . لإفضائه إلى جَهالة الثمن فى التفصيل . لأنه يَصيرُ قفيزاً ، وشيئاً بدرهم ، والشىء لا يعرفانه ، لعدم معرفتهما بكمّية ما فى الصُّبرة من القُفزانِ ولو قصد : أنى أحُطّ ثمن قفيزٍ من الصُّبرة لا أحتسب به لم يصحّ ، للجهالة التى ذكرناها . وإن كانت الصُّبرة معلوماً قدرُ قُفزانِها لها ، أو قال : هذه عشرةُ أقفزةٍ بعتُكها كلّ قفيز بدرهم ، على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصُّبرة ، أو وصفه بصفةٍ يُعلم بها صحّ . لأن معناه بعتُك كلّ قفيزٍ وعُشْرٍ قفيز بدرهم . وإن لم يَعْلَم القفيز أو جعله هِبَةً لم يصحّ ، وإن أراد أنى لا أحسبُ عليك بثمن قفيز منها ، صحّ أيضاً . لأنهما ، لما علما جُملةَ الصُّبرةِ علماً ما ينقُصُ من الثمن . ولو قال : على أن أنقصُك قفيزاً ، صحّ . لأن معناه بعتُك تسعةَ أقفزَةٍ بعَشَرةِ دراهم وكل قفيز بدرهم ، وتُسْعٍ . وحُكى عن أبى بكر ، أنه يصح فى جميع المسائل ، على قياس قول أحمدَ ، لأنه يُجيز الشرط الواحد . ولا يصحّ هـذا . لأن المبيع مجهولٌ فلا يصحّ بيعُه ، بخلاف الشرط الذى يُفْضى إلى جَهالةٍ .

٢٩٦٠ (فصل) ولو باع مالا تتساوى أجزاؤه . كالأرض ، والثوب ، والقطيع من الغنم ، ففيه نحوٌ من مسائل الصُّبر : وإن قال : بعتك هذه الأرض ، أو هذه الدار ، أو هذا الثوب ، أو هذا القطيع بألفٍ ، صحّ إذا كان مُشاهداً ، أو قال . بعتك نصفه ، أو ثلثه ، أو ربعه ، بكذا صحّ أيضاً ، فإن قال :

بعتُكَه كلّ ذِراعٍ بدرهم ، أو كلّ شاةٍ بدرهم ، صحّ ، وإن لَمْ يعلما قَدْر ذلك حالَ العقد ، لما ذكرنا في الصّبرة ، وإن قال : بعتُك من الثوب كلّ ذراعٍ بدرهم ، أو من القطيع كلّ شاةٍ بدرهم ، لم يصحّ . لأنه مجهول : وإن باعه شاةً من القطيع لم يصحّ ، لأن شياه القطيع غيرُ متساويةِ القِيَم ، فيُفضي ذلك إلى التنازع ، بخلاف القفيز من الصُّبْرةِ . فإنه يصحّ . لأن أجزاءها متساويةٌ . وإن باعه ذراعاً من الدار ، أو عشرة أذرُع منها ، يريدان بذلك قدراً غيرُ مُشاع لم يصحّ، كذلك . وإن أراد مُشاعاً منها ، وهما يعلمان عدد ذُرْعَانِها صحّ . وبهذا قال الشافعيّ : وقال أبو حنيفة : لا يصحّ. لأن الذراع عبارةٌ عَن بُقْعةٍ بعينها، وموضعُه مجهول .

ولنا : أن عشرةً من مائةٍ عُشْرُها . ولو قال : بعتُكَ عُشْرَها صحّ ، فكذلك ، إذا قال : بعتُك عشرةً من مائةٍ . وما ذكروه غير مُسلّم ، بل هو عبارة عن قدر ، كما أن المكيال عبارةٌ عن قدر . فإذا أضافه إلى جملة كان ذلك جُزءاً منها . وإن اتفقا على أنهما أرادا قدراً منها غيرَ مُشاعٍ لم يصحّ البيعُ . وإن كانا لا يعلمان ذُرْعانَ الدار لم يصحّ . لأن الجملة غيرُ معلومة ، وأجزاء الأرض مختلفةٌ . فلا يُمكن أن تكون مُعيّنةً ، ولا مُشاعة . وإن قال : بعتُك من الدار من ههنا إلى ههنا جاز . لأنه معلوم ، وإن قال : عشرةَ أذرُع ابتداؤها من ههنا إلى ههنا ، إلى حيث ينتهي الذّرْعُ لم يصحّ ، لأن الذرع يختلفُ ، والموضع الذي يُنْتَهى إليه لا يُعلم حالَ العقد . ولو قال : بعتُكَ نصيبي من هذه الدار ، ولا يعلم قدر نصيبه منها ، أو قال : نصيباً منها ، أو سهماً ، لم يصحّ ، لأنه مجهول . وإن علما ذلك صحّ ، وإن قال : بعتك نصفَ داري ممّا يلي دارَك لم يصحّ ، نصّ عليه ، لأنّه لا يدرى إلى أين ينتهي ، فيكون مجهولاً .

٢٩٦١ (فصل) ولو باعه عبداً من عبدين ، أو أكثر ، لم يصحّ . وبه قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : إذا باعه عبداً من عبدين ، أو من ثلاثةٍ بشرط الخيار له ، صحّ لأن الحاجة تدعو إليه ، وإن كانوا أكثر لم يصحّ . لأنه يكثُر الغَرَرُ .

ولنا : أن ما تختلف أجزاؤه . وقيمته لا يجوز شراء بعضه غيرَ مُعيّن ، ولا مُشاعاً ، كالأربعة . وما لا يصحّ بغير شرط الخيار لا يصحّ بشرطه . كالأربعة . ولا حاجة إلى هذا فإن الاختيار يمكن قبلَ العقد . ثم ما قالوه يَبْطُل بالأربعة .

٢٩٦٢ (فصل) وحكم الثوب حكم الأرض إلاّ أنه إذا قال : بعتُك من هذا الثوب من هذا الموضع إلى هذا الموضع صحّ . فإن كان مما لا ينقُصه القطعُ قطعاه ، وإن كان مما ينقُصه القطع ، وشرطَ البائعُ أن يقطعه له ، أو رضي بقطعه هو والمشتري ، جاز . وإن تشاحّا في ذلك كانا شريكين فيه ، كما يشتركان

فى الأرض ، وقال القاضى : لا يصح . لأنه لا يقدر على التسليم إلا بضرر . فأشبه مالو باعه نصفاً مُعيَّناً من الحيوان .

ولنا : أن التسليم مُمكن ، ولحُوق الضرر لا يمنع التسليمَ . إذا رضيه البائع ، كما لو باعه نصفاً من الحيوان مُشاعاً . وفارق نصفَ الحيوان المعيّن . فإنه لا يمكنه تسليمُه مفرداً ، إلا بإتلافه ، وإخراجه عن المالية .

٢٩٦٣ (فصل) إذا قال : بعتُك هذه الأرض ، أو هذا الثوب ، على أنّه عَشرةُ أذرُع ، فبان أحدَ عشَر ، ففيه روايتان .

إحداها : البيعُ باطل . لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة ، وإنّما باع عشرةً ، ولا المشترى على أخذ البعض ، وإنّما اشترى الكلّ ، وعليه ضررٌ فى الشركة أيضاً .

والثانية : البيعُ صحيح ، والزيادة للبائع . لأن ذلك نقصٌ على المشترى، فلايمنع صحّة البيع . كالعيب ، ثم يختير البائعُ بين تسليم المبيع زائداً ، وبين تسليم العشرة : فإن رضى بتسليم الجميع فلا خيار للمشترى . لأنه زاده خيراً . وإن أبى تسليمه زائداً ، فللمشترى الخيارُ بين الفسخ ، والأخذ بجميع الثمن المسمّى . وقسْط الزائد . فإن رضى بالأخذ أخذ العشرةَ ، والبائعُ شريكٌ له بالذراع وهل للبائع خيارُ الفسخ ؟ على وجهين:

أحدهما : له الفسخ . لأن عليه ضرراً فى المشاركة .

والثانى : لا خيار له . لأنه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن . فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه ، كان زيادةً ، فلا يستحقّ بها الفسخ . ولأن هذا الضرر حصل بتغريره ، وإخباره ، بخلاف غيره. فلاينبغى أن يَتسلّط به على فسخ عقد المشترى ، فإن بذلها البائعُ للمشترى بثمنٍ ، أو طلبها المشترى بثمَنٍ ، لم يلزم الآخرَ القبول ، لأنها معارضةٌ يُعتبر فيها التراضى منهما . فلا يُجْبَرُ واحدٌ منهما عليه ، وإن تراضيا على ذلك جاز ، فإن بان تسعة ففيه روايتان :

أحدهما : يبطلُ البيع ، لما تقدّم .

والثانية : البيعُ صحيح ، والمشترى بالخيار بين الفسخ والإمساك بقسطِ أعشار الثمن ، وقال أصحابُ الشافعىّ : ليس له إمساكُه إلاّ بكلّ الثمن ، أو الفسخ ، بناءً على قولهم : إن المَعيب ليس لمشتريه إلا الفسخ ، أو إمساكه بكلّ الثمن .

ولنا : أنه وجد المبيع ناقصاً فى القَدْر ، فكان له إمساكه بقِسْطه من الثمن ، كالصُّبْرَةِ إذا اشتراها على أنها مائةٌ . فبانت خمسين . وسَنُبَيّن أن المعيب له إمساكه وأخذ أرْشِهِ . فإن أخذها بقسطها من الثمن . فللبائع الخيار بين الرضا بذلك . وبين الفسخ . لأنه إنما رضى ببيعها بهذا الثمن كلّه . وإذا لم يصل

إليه كان له الفسخُ . فإن بذل له المشترى جميع الثمن لم يملك الفسخ ، لأنه وصل إليه الثمنُ الذى رضيه . فأشبه ما لو اشترى مَعِيباً فرَضِيَهُ بجميع الثمن .

٢٩٦٤ (فصل) وإن اشترى صُبْرَةً على أنَّها عشرةُ أقفِزَةٍ ، فبانت أحدَ عشَر ، ردّ الزائد ، ولا خيار له ههنا . لأنه ضرر فى الزيادة . وإن بانت تسعةً أخذها بقسطها من الثمن ، وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمّى الكيلَ فى الصُّبرةِ لايكون قبضُها إلاّ بالكيل ، فإذا كالها فوجدها قدر حقّه أخذها . وإن كانت زائدةً ردّ الزيادة . وإن كانت ناقصةً أخذها بقسطها من الثمن ، وهل له الفسخُ إذا وجدها ناقصةً؟ على وجهين :

أحدهما : له الخيار ، وهو مذهبُ الشافعىّ . لأنه وجد المَبيع ناقصاً . فكان له الفسخُ كتغيير الصُّبرة ، وكنقُصان الصفة .

والثانى : خيار له . لأن نُقصان القدر ليس بعيب فى الباقى من الكيل ، بخلاف غيره .

٢٩٦٥ (فصل) إذا باع الأدهان فى ظروفها جُملةً ، وقد شاهدها جاز . لأنّ أجزاءها لا تختلف فهو كالصُّبرة . وكذلك الحكم فى العسل ، والدِّبْسِ ، والخلّ ، وسائر المائعات التى لا تختلفُ . وإن باعه كلّ رِطْلٍ بدرهم ، أو باعه رطلاً منها ، أو أرطالاً معلومةً يَعْلَمُ أنّ فيها أكثرَ منها ، أو باعه جزءاً مُشاعاً ، أو جزاء ، أو باعه إيّاه مع الظرف بعشرة دراهم ، أو بثمنٍ معلوم جاز . وإن باعه السمنَ ، والظرف كلّ رطل بدرهم ، وهما يعلمان مبلغ كلّ واحد منهما ، صحّ . لأنه قد علم المبيعَ والثمن . فإن لم يعلما ذلك جاز أيضاً . لأنه قد رضى أن يشترى الظرف كلّ رِطْلٍ بدرهم ، وما فيه كذلك ، فأشبه ما لو اشترى ظرفين فى أحدهما سمن ، وفى الآخر زيت ، كلّ رطل بدرهم ، وقال القاضى : لا يصحّ ، لأن وزن الظرف يزيدُ ، وينقُص ، فيدخُل على غَرر ، والأول أصح . لأن بيع كلّ واحدمنهما مُنفرداً يصحّ لذلك . فكذلك إذا جمعهما ، كالأرض المختلفة الأجزاء ، والثياب ، وغيرها ، وأما إن باعه كلّ رطل بدرهم ، على أن يزن الظرف ، فيحتسبَ عليه بوزنه ، ولا يكون ، مبيعاً وهما يعلمان زنةَ كلّ واحد منهما ، صحّ . لأنّه إذا علم أن الدهن عشرة ، والظرف رطلاً كان معناه : بعتُك عَشَرَةَ أرطالٍ باثنى عشرَ دِرهما . وإن كانا لا يعلمان زِنَةَ الظرف ، والدهن ، لم يصحّ . لأنّه يؤدى إلى جَهالة الثمن فى الحال ، وسواء جهلا زنتهما جميعا ، أو زنة أحدهما لذلك .

٢٩٦٦ (فصل) وإن وجد فى ظرف السمن[1] رُبًّا ، فقال ابن المنذر : قال أحمد ، وإسحاق : إن كان سَمّانًا عنده سمنٌ أعطاه بوزنه سَمْناً ، وإن لم يكن عنده سمنٌ أعطاه بقَدْرِ الرُّبّ من الثمن ، وألزمه شُريح

---

(١) الرب : الثفل من كل عصير ، أومائع .

بقدر الرُّبِّ سمناً ، بكلِّ حالٍ . وقال الثوريّ إن شاء أخذ الذى وجده ، ولا يُكلّف أن يُعطيه بقدر الرُّبِّ سمناً .

ولنا : أنه وجد المبيع المكيلَ ناقصاً . فأشبه مالو اشترى صُبْرةً ، فوجد تحتها رَبْوةً[1] ، أو اشتراها على أنها عشرةُ أقفزَةٍ ، فبانت تسعةً . وقد بيّنا أنه يأخذُ الموجودَ بقِسْطِهِ من الثمن ، كذا ههنا . فعلى هذا إنما يأخذُ الموجود من السمن بقِسطِه من الثمن ، ولا يلزَمُ البائع أن يُعطيه سَمْناً ، سواء كان موجوداً عنده ، أو لم يكن ، فإن تراضيا على إعطائه سَمْناً جاز ، والله أعلم .

باب المصراة ، وغير ذلك

التصرية : جمع اللبن فى الضَّرْع ، يقال : صَرَّى الشاةَ ، وصَرَّى اللَّبَن فى ضَرْعِ الشاةِ بالتشديد ، والتخفيف . ويقال : صَرَّى الماء فى الحوض ، وصَرَّى الطَّعَامَ فِي فيه ، وصَرَى الماء فى ظهره ، إذا ترك الجماع ، أنشد أبو عُبَيْدَة :

رَأَيْتُ غُلاَماً قَدْ صَرَى فِي فِقْرَتِهِ   مَاءَ الشَّبَابِ عُنْفُوانَ شِرَّتِهِ[2]

وماء صرًى وصَرٍ إذا طال استنقاعُه . قال البخاريّ : أصل التصرية حَبْسُ الماء ، يقال : صَرَبْتُ الماء ، ويقال للمصرّاة : المُحَفَّلةِ[3] وهو من الجمع أيضاً ، ومنه سُمِّيتْ مجامعُ الناس محافلَ .

والتصرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشترى . لقول النبيِّ صلى الله عليه وسلم « لاَ تُصَرُّوا » وقوله « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » وروى ابن ماجه فى سننه ، عن النبيِّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « بَيْعُ المُحَفَّلاَتِ خِلاَبَةٌ . وَلاَ تَحِلُّ الخِلاَبَةُ[4] لِمُسْلِمٍ » رواه ابن عبد البرّ (ولا يَحِلّ خِلاَبَةٌ لِمسلم) .

٢٩٦٧ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى مُصَرَّاةً وهُو لايعلم ، فهو بالخيار بين أن يقبلها ، أو يردّها ، وصاعاً من تمر ﴾ .

الـكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

الأول : أن من اشترى مُصَرَّاةً من بهيمة الأنعام لم يَعْلم تَصْرِيَتَها ، ثم علم . فله الخيار فى الردّ ، والإمساك . رُوى ذلك عن ابن مسعود ، وابن عمر ، وأبى هريرة ، وأنس ، وإليه ذهب مالك ، وابن أبى ليلى ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، وعامّة أهل العلم ، وذهب أبو حنيفة ، ومحمد إلى أنه

---

(١) الربوة : المكان المرتفع ، فتظهر الصبرة فى رأى العين كبيرة والواقع أنها صغيرة ، وهذا غش .

(٢) الفقرة . بكسر الفاء وفتحها مع سكون القاف . ومثلها الفقارة بفتح الفاء ، إحدى عظام الظهر ، وشرته قوته ونشاطه .

(٣) المحفلة : المجمعة أى المجتمع لبنها فيها .

(٤) الخلابة : الخداع والغش .

لا خيارَ له . لأن ذلك ليس بعَيْب . بدليل أنه لو لم تكن مُصَرّاةً فوجدها أقلّ لبناً من أمثالها لم يملك رَدّها . والتدليس بما ليس بعيب لا يُثْبِتُ الخيارَ . كما لو علفها ، فانتفخ بطْنها ، فظنّ المشترى أنّها حامل .

ولنا : ما رَوى أبو هريرة عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « لاَ تُصَرُّوا الإبِلَ ، والغَنَم ، فمنِ ابْتَاعَها بَعْدُ فإنه بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا إنْ شَاء أمْسَكَهَا ، وَإنْ شَاء رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمر » متفق عليه ، ورَوى ابن عمر ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَنْ ابْتَاعَ مُحَفَّلَةً فَهُوَ بِالخيارِ ثَلاَثَةَ أَيّامٍ ، إن رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا مِثْلَ أَوْ مِثْلَيْ لَبَنِهَا قَمْحاً » رواه أبو داود . ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمنُ باختلافه . فوجب به الردّ ، كما لو كانت شمطاء[1] فسوّدَ شَعْرَهَا ، وقياسُهم يبطُل بتسويد الشعر . فإنّ بياضه ليس بعيب ، كالكِبَرَ . وإذا دَلّسه ثبت له الخيار . وأما انتفاخ البطن ، فقد يكون من الأكل ، والشرب ، فلا معنى لحمله على الحمل . وعلى أن هذا القياس يخالف النصّ . واتباعُ قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى .

إذا تقرر هذا : فإنّما يثبت الخيار بشرط أن لا يكون المشترى عالماً بالتصرية . فإن كان عالماً لم يثبُت له الخيار . وقال أصحاب الشافعىّ . يثبُت له الخيار فى وجهٍ ، للخبر . ولأن انقطاع اللبن لم يوجد . وقد يبقى على حاله . فلم يُجْعَل ذلك رِضىً ، كما لو تزوجت عِنِّيناً ثم[2] طلبت الفسخ .

ولنا : أنه اشتراها عالماً بالتدليس ، فلم يكن له خيار ، كما لو اشترى من سُوِّد شعرُها عالماً بذلك . ولأنه دخل على بصيرة . فلم يثبُت له الردّ ، كما لو اشترى مَعيباً يعلم عيبه ، وبقاء اللبن على حاله نادرٌ ، بعيد ، لا يعلّق عليه حُكم . والأصل الذى قاسوا عليه ممنوع . ولو اشترى مُصَرّاةً ، فصار لبنها عادةً ، واستمرّ على كثرته ، لم يكن له الردّ . وقال أصحاب الشافعىّ : له الردّ فى أحد الوجهين ، للخبر . ولأن التدليس كان موجوداً حال العقد فأثبت الردّ ، كما لو نقص اللبن .

ولنا : أن الردّ جعل لدفع الضرر بنقص اللبن ، ولم يُوجد ، فامتنع الردّ . ولأن العيب لم يوجد ، ولم يختلف صفة المبيع عن حالة العقد . فلم يثبُت التدليس . ولأن الخيار ثَبت لدفع الضرر ، ولم يُوجد ضرر .

(الفصل الثانى) أنه إذا ردّ لزمه ردّ بدل اللبن . وهذا قولُ كلّ من جوز ردّها . وهو مقدر فى

---

(١) هذا فى الجارية أيام وجود الرق وبيع الإماء ، فإذا كانت الجارية كبيرة السن بيضاء الشعر فسود شعرها فهو غش .

(٢) العنين . الذى لا يأتى النساء عجزا على إتيانهن ، أو عدم إرادة لهن .

الشرع بصاعٍ من تمر . كما فى الحديث الصحيح الذى أوردناه ، وهـذا قول الليث ، وإسحاق ، والشافعىّ ، وأبى عُبَيْد ، وأبى ثور . وذهب مالك ، وبعض الشافعيّة إلى أن الواجب صاعٌ من غالب قوت البلد . لأنّ فى بعض الحديث « وَرَدَّ مَعَها صَاعاً مِنْ طَعَامٍ » وفى طعام « وَرَدَّ مَعَها مِثْلَ أَوْ مِثْلَىْ لَبنِها قَمْحاً » فجمع بين الأحاديث . وجعل تنصيصه على التمر ، لأنّه غالبُ قوت البلد فى المدينة ، ونَصَّ على القمح . لأنه غالبُ قوت بلدٍ آخَرَ ، وقال أبو يوسف : يردّ قيمة اللبن ، لأنه ضمان مُتْلَف ، فكان مقدّراً بقيمته ، كسائر المُتْلَفات ، وحُكى ذلك عن ابن أبى ليلى ، وحُكى عن زُفَر : أنه يردّ صاعاً عن تمر ، أو نصف صاعٍ من بُرّ ، بناء على قولهم فى الفطرة ، والكفّارة .

ولنا : الحديثُ الصحيح الذى أوردناه ، وهو المعتمد عليه فى هذه المسألة . وقد نصّ فيه على التمر ، فقال « إنْ شَاءَ رَدَّها وَصَاعاً منْ تَمْرٍ » وفى لفظ للبخارىّ « مَنِ اشْتَرَى غَنَماً مُصَرَّاةً فاحْتَلَبَهَا ، فإنْ رَضِيَها أَمْسَكَها وَإنْ سَخِطَهَا فَفِى حَلْبَتِها صاعٌ مِنْ تَمْرٍ » وفى لفظ لمسلم رواه ابن سيرين ، عن أبى هريرة ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم « وَرَدّ صاعاً مِنْ تَمْرٍ لاَ سَمْراء » وفى لفظ له «طَعَاماً لاسَمراء » يعنى لا يَرُدّ قمحاً والمراد بالطعام هاهنا التمر . لأنه مُطلق فى أحد الحديثين ، مُقيّد فى الآخر فى قضية واحدةٍ . والمُطلق فيما هذا سبيلهُ يُحمل على المقيّد . وحديث ابن عُمر مطَّرحُ الظاهر بالاتفاق . إذ لاقائل بإيجاب مثل لبنها ، أو مِثْلَىْ لبنها قمحاً . ثم قد شكّ فيه الراوى ، وخالفته الأحاديثُ الصِّحاح فلا يُعوّل عليه . وقياس أبى يوسف مخالف للنصّ . فلا يُلتفت إليه . ولا يَبْعُد أن يقدرّ الشرع بدل هذا المُتلَف قطعاً للخصومة ، ودفعاً للتنازُع ، كما قدّر بدَل الآدمىّ ، ودِيَة أطرافهِ . ولا يمكن حملُ الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن ، فلذلك أوجبه ، لوجوه ثلاثةٍ :

أحدها : أن القيمة هى الأثمان لا التمر .

الثانى : أنه أوجب فى المُصرّاة من الإبل ، والغنم جميعاً صاعاً من تمر ، مع اختلاف لبنها .

الثالث : أن لفظه للعموم . فيتناول كلّ مُصَرّاةٍ . ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مُصَرّاة صاعاً . وإن أمكن أن يكون كذلك فيتعيّن إيجاب الصاع . لأنه القيمةُ التى عيّن الشارع إيجابهَا . فلا يجوز أن يُعدل عنها ، وإذ قد ثبت هذا ، فإنّه يجب أن يكون الصاع من التمر جَيّداً غيرَ مَعِيبٍ . لأنهُ واجبٌ بإطلاق الشارع . فينصرف إلى ماذكرناه ، كالصاع الواجب فى الفِطْرة ولا يجب أن يكون من الأجود ، بل يجوز أن يكون من أدنى ما يقع عليه اسمُ الجَيّد . ولافرق بين أن تكون قيمة التمر مثلَ قيمة لبن[1] الشاة ، أو أقلّ ، أو أكثر . نصّ عليه أحمد . وليس هذا جمعاً بين البدل والمُبدل . لأن التمر بدلُ اللبن قدّره الشرعُ به ، كما قدّر فى يدى العبد قيمتَه ، وفى يديه ورجليه قيمتَه مرّتَيْنِ ، مع بقاء العبد على ملك سيّده .

(١) لفظ لبن ساقط من جميع الأصول المطبوعة وبدونه يفسد المعنى .

وإن عدم التمر فى موضعه فعليه قيمتهُ فى الموضع الذى وقع عليه العقدُ لأنه بمثابة عينٍ أتلفها ، فيجبُ عليه قيمتُها .

٢٩٦٨ (فصل) وإن علم بالتصرية قبل حلبها ، مثلُ أن أقرّ به البائعُ ، أو شهد به من تُقبلُ شهادته . فله ردُّها ، ولا شىء معها . لأنّ التمر إنما وجب بدلاً للّبن المحتلَب ، ولذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ اشْتَرَى غَنَماً مُصَرَّاةً فاحْتَلَبَها . فإنْ رَضِيهَا أَمْسَكَها . وإنْ سَخِطَها فَفِى حَلْبَتِها صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ » ولم يأخذ لها لبناهمنا . فلم يلزمه رد شىء معها . وهذا قول مالك . قال ابن عبد البرّ : هذا مالاخلاف فيه ، وأما لو احتلبها ، وترك اللبن بحاله ، ثم ردّها ردّ لبنها : ولا يلزمه أيضاً شىء . لأن المبيع إذا كان موجوداً فردَّه لم يلزمهُ بدلُه . فإن أبى البائع قبوله ، وطلب التمر لم يكن له ذلك ، إذا كان بحاله لم يتغيّر . وقيل : لا يلزمه قبُوله ، لظاهرِ الخبر . ولأنه قد نقص بالحلب ، وكونهُ فى الضرع أحفظُ له .

ولنا : أنه قدر على ردّ المُبَدل فلم يلزمه البدل ، كسائر المُبْدلات مع أبدالها . والحديث المراد به ردّ التمر حالةَ عدم اللبن لقوله « فَفِى حَلْبَتِها صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ » ولما ذكرنا من المعنى . وقولهم : إن الضرع أحفظُ له لا يَصحّ . لأنه لا يمكن إبقاؤه فى الضرع على الدوام ، وبقاؤه يضرّ بالحيوان . وإن كان اللبن قد تغيّر ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه قبوله . وهذا قول مالك ، للخبر . ولأنه قد نقص بالحمُوضة ، أشبه ما لو أتلفه .

والثانى : يلزمه قبوله . لأنّ النقص حصل بإسلام[1] المبيع ، وبتغرير البائع ، وتسليطه على حَلْبه . فلم يمنع الردّ ، كلبن غير المُصَرّاة .

٢٩٦٩ (فصل) وإذا رضى بالتصرية ، فأمسكها ، ثمّ وجد بها عيباً آخر ردّها به . لأن رضاه بعيب لا يمنع الردّ بعيب آخرَ ، كما (لو)[2] اشترى أعرج ، فرضى بعيبه ، ثم أصاب[3] به برصاً ، وإذا ردّه لزمه صاع من تمر ، عِوَضَ اللبن . لأنه قد جُعل عوضاً له فيما إذا ردّها بالتصرية ، فيكون عِوَضاً له مُطْلَقاً .

٢٩٧٠ (فصل) ولو اشترى شاةً غير مُصَرّاة ، فاحتلبها ، ثم وجد بها عيباً ، فله الردّ ، ثمّ إن لم يكن

---

(١) فى النسخ المطبوعة (باستلام المبيع) وهو تصحيف لم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

(٢) لفظ لو ساقط من النسخ المطبوعة .

(٢) أصاب به برصا : وجد به برصا .

في ضرعها لبن حال العقد فلا شيء عليه . لأنّ ما حدث من اللبن بعد العقد يحدُث على ملك المشتري . وإن كان فيه لبنٌ حال العقد إلاّ أنه شيء لا يخلو الضرع من مثـله في العادة ، فلا شيء فيه ، لأنّ مثل هـذا لا عبرةَ به ، ولا قيمة له في العادة ، فهو تابع لما حدث . وإن كان كثيراً ، وكان قائماً بحاله ، فهل له ردّه ؟ ينبني على ردّ لبن التصرية . وقد سبق . فإن قلنا : ليس له ردّه كان بقاؤه كتلفه ، وهـل له أن يردّ المبيع ؟ يخرج على الروايتين فيما إذا اشترى شيئاً فتلف منـه جزء ، أو تعيّب . والأشهر في المـذهب . أنه يردّه ، فعلى هذا يلزمه ردّ مثل اللبن . لأنه من ذوات الأمثال . والأصلُ ضمانُ ما كان من المِثْليّات بمثله ، إلا أنه خولف في لبن التصرية بالنصّ ، ففيما عداه يبقى على الأصل ، ولأصحاب الشافعيّ في هـذا الفصل نحوٌ مما ذكرنا .

(الفصل الثالث في الخيار) اختلف أصحابُنا في مدّته . فقال القاضي : هو مقدّر بثلاثة أيام ، ليس له الردّ قبل مُضيِّها . ولـ إمساكها بعدها : فإن أمسكها بعد ذلك لم يكن له الردّ ، قال : وهو ظاهر كلام أحمد ، وهو قول بعض أصحاب الشافعيّ ، لأن أبا هريرة رَوى أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال « مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً ، فَهُوَ فِيهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا ، وَرَدَّ مَعَهَا صَاعاً مِنْ تَمْرٍ » رواه مسلم . قالوا : فهذه الثلاثة قدّرها الشارعُ لمعرفة التصرية ، فإنها لا تعرف قبـل مضيّها . لأنّها في اليوم الأول لبنُها لبن التصرية ، وفي الثاني يجوز أن يكون لبنُها نَقَص لتغيُّر المـكان ، واختلاف العلَف . وكذلك في الثالث . فإذا مضت الثلاثةُ استبانت التصريةُ ، وثبت الخيارُ على الفور . ولا يثبُت قبل انقضائها. وقال أبو الخطّاب : عندي متى ثبتت التصرية جاز له الردّ قبـل الثلاثة ، وبعدها . لأنه تدليس يُثْبِتُ الخيارَ ، فملك الردّ به ، إذا تبيّنه ، كسائر التدليس . وهذا قول بعض المدنيين ، فعلى هذا يكون فائدةُ التقدير في الخبر بالثلاثة . لأن الظاهر أنه لا يحصلُ العلم إلا بها ، فاعتبرها لحصول العلم ظاهراً ، فإن حصل العلمُ بها ، أو لم يحصُل بها فالاعتبار به دونها ، كما في سائر التدليس . وظاهر قول ابن أبي موسى : أنه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها. وهذا قول ابن المنذر ، وأبي حامد من أصحاب الشافعيّ . وحكاه عن الشافعيّ نصاً ، لظاهر حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإنّه يقتضي ثبوتَ الخيار في الأيام الثلاثة كُلِّها ، وعلى قول القاضي : لا يثبُت الخيار في شيء منها ، وإنما يثبُت عقبها ، وقول أبي الخطّاب : يُسوّى بين الأيام الثلاثة وبين غيرها ، والعملُ بالخبر أولى ، والقياسُ ما قال أبو الخطّاب . لأن الحـكم كذلك في العيوب ، وسائر التدليس .

٢٩٧١ « مسأله » قال ﴿ وسواء كان المشترَى ناقةً أو بقرةً أو شاةً ﴾ .

جمهور أهل العلم : على أنه لا فرق في التصرية بين الشاة والناقة والبقرة ، وشذّ داود . فقال : لا يثبُت

الخيارُ بتصرية البقرة . لأن الحديث « لاتُصَرُّوا الإبِلَ والغَنَمَ » فدلّ على أن ماعداهما بخلافهما . ولأن الحكم ثبت فيهما بالنص . والقياسُ لاتثبت به الأحكام .

ولنا : عموم قوله «مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً ، فهُوَ بالخِيارِ ثلاثةَ أيامٍ » وفى حديث ابن عمر « مَنِ ابتَاعَ مُحَفَّلَةً » ولم يُفصِّل ، ولأنه تصريةٌ بلبن من بهيمة الأنعام . أشبه الإبل والغنم ، والخبرُ فيه تنبيه على تصرية البقر . لأن لبنها أغزرُ ، وأكثر نفعاً ، وقولهم : إن الأحكام لاتثبت بالقياس ممنوع ، ثم هو ههنا ثبت بالتنبيه ، وهو حُجّة عند الجميع .

٢٩٧٢ (فصل) إذا اشترى مُصَرَّاتين ، أو أكثر فى عقد واحد فردَّهُنّ ردّهُنّ ردَّ مع كل مُصَرَّاةٍ صاعا ، وبهذا قال الشافعيّ ، وبعض أصحاب مالك . وقال بعضهم : فى الجميع صاع واحد ، لأنّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنِ اشْتَرَى غَنَمَاً مُصَرَّاةً ، فاحْتَلَبَهَا ، فإنْ رَاضِيهَا أَمْسَكَهَا ، وإنْ سَخِطَهَا فَفِى حَلْبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ » .

ولنا : عموم قوله « مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً ـ و ـ مَنِ اشْتَرَى مُحَفَّلَةً » وهذا يتناول الواحدة ، ولأن ما جُعِل عوضاً عن الشىء فى صفقتين وجب إذا كان فى صفقة واحدة ، كأرش العيب . وأما الحديث فإنّ الضمير يعودُ إلى الواحدة .

٢٩٧٣ (فصل) فإن اشترى مُصَرَّاةً من غير بهيمة الأنعام ، كالأمة ، والأتان ، والفرس ، ففيه وجهان :

أحدهما : يثبُت له الخيار ، اختاره ابن عقيل ، وهو ظاهر مذهب الشافعيّ ، لعموم قوله « مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً وَمَنِ اشْتَرَى مُحَفَّلَةً » ولأنه تصرية بما يختلف الثمن به ، فأثبت الخيار ، كتصرية بهيمة الأنعام . وذلك أن ابن الآدمية يُراد للرضاع ، ويرغب فيها ظِئْراً ويحسّن ثَدْيهَا . ولذلك لو اشترط كثرةَ لبنها . فبان بخلافه ملكَ الفَسْخَ ، ولو لم يكن مقصوداً لما ثبت باشتراطه ، ولا ملَك الفسخ بعدَمِه . ولأنّ الأتان ، والفرس يرادان لولدهما .

والثانى : لايثبُت به الخيار . لأن لبنها لا يُعتاض عنه فى العادة ، ولا يُقصد قصد لبن بهيمة الأنعام ، والخبر ورد فى بهيمة الأنعام . ولا يصحُّ القياس عليه . لأن قصد لبن بهيمة الأنعام أكثرُ ، واللفظ العامُّ أريد به الخاصّ . بدليل أنه أمرفى ردّها بصاع من تمر . ولا يجب فى لبن غيرها . ولأنه ورد عامًّا ، وخاصًّا فى قضيّة واحدةٍ . فيُحمل العامّ على الخاصّ . ويكون المراد بالعامِّ فى أحد الحديثين الخاصّ فى الحديث الآخر . وعلى الوجه الأول : إذا ردّها لم يلزم بدلُ لبنها . ولا يردّ معها شيئاً . لأن هذا اللبن لا يُباع عادةً ، ولا يُعارض عنه .

٢٩٧٤ (فصل) وكلّ تدليس يختلف الثمن لأجله ، مثل أن يُسوّد شعر الجارية ، أو يجعّده ، أو يحمّر وجهها ، أو يضمر الماء على الرحا ، ويُرسله عند عَرْضها على المشترى ، يُثبت الخيار . لأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه ، فأثبت الخيار ، كالتصرية ، وبهذا قال الشافعىّ ، ووافق أبو حنيفة فى تسويد الشعر . وقال فى تجعيده : لايثبُت به الخيار . لأنه تدليس بما ليس بعيب . أشبه مالو سوّد أناملَ العَبْد ، ليظنّه كاتباً ، أو حدّاداً .

ولنا : أنه تدليس بما يختلف به الثمن . أشبه تسويد الشعر ، وأما تسويد الأنامل فليس بمختصّ بكونه كاتباً . لأنه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة ، أو كان غلاماً لـكاتب يُصلح له الدواة ، فظنّه كاتباً طمع لايستحقّ به فسخاً . فإن حصل هذا من غير تدليس ، مثل أن اجتمع اللبنُ فى الضرع من غير قصد ، أو احمرّ وجهُ الجارية لخجَلٍ أو تعبٍ ، أو تَسَوّدَ شعرُها بشىء وقع عليه . فقال القاضى : له الردّ أيضاً لدفع الضرر اللاحق بالمشترى ، والضرر واجب الدفع ، سواء قُصد أو لم يُقْصد فأشبه العيب ، ويحتمل أن لا يثْبت الخيار لحُرَة وجهها بخَجلٍ ، أو تعَبٍ . لأنه يحتمل ذلك ، فيتعيّن ظنّه من خِلقته الأصلية طمعاً . فأشبه سواد أنامل العبد .

٢٩٧٥ (فصل) فإن علف الشاة فملأُخواصرها ، وظنّ المشترى أنّها حاملٌ ، أو سوّدَ أنامل العبد ، أو ثوبه ، يوهم أنه كاتب ، أو حدّاد ، أو كانت الشاةُ عظيمةَ الضرع خِلقَةً ، فظنّ أنها كثيرةُ اللبن ، لم يكن له خيارٌ ، لأنّ هذا لا يتعيّن للجهة التى ظنها فانّ امتلاء البطن قد يكون لأ كل ، أو شُرْبٍ ، أو غيرهما وسواد أنامل العبو قد يكون لولَع بالدواة ، أو لـكونه شارعاً فى الـكتابة ، أو غُلاماً لـكاتب ، فحملهُ على أنّه كاتب من باب الطمع ، فلا يُثْبِتُ خياراً .

٢٩٧٦ (فصل) وإذا أراد إمساك المدلّس ، وأخْذَ الأرش لم يكن له أرش . لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يجعل له فى المُصَرّاة أرشاً . وإنما خيره فى شيئين قال « إنْ شَاءَ أَمْسَكَ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ » ولأنّ المدلّس ليس بعَيْب . فلم يستحقّ من أجله عِوَضاً . وإن تعذّر عليه الردّ بتلف ، فعليه الثمنُ . لأنهُ تعذّر عليه الردّ فيما لاأرش له . فأشبه غير المدلّس ، وإن تعيّب عنده قبل العلم بالتدليس . فله ردّه وردّ أرش العيب عنده ، وأخذ الثمن . وإن شاء أمسك ، ولاشىء له . وإن علم التدليس ، فتصرّف فى البيع بطل ردّه . كما لو تصرّف فى المبيع المعيب . وإن أخّر الردّ من غير تصرّف ، فحكمُهُ حكم تأخّر ردّ المعيب على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٢٩٧٧ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى أمةً ثيّبا ، فأصابها ، أو استغلّها ، ثم ظهر على عيب . كان مخيّراً بين أن يَرُدّها ، وأخذ الثمن كاملاً . لأن الخراج بالضمان ، والوطء كالخدمة ، وبين أن يأخذ مابين الصحّة والعيب ﴾ .

فى هذه المسألة فصول خمسة :

أحدها : أن من علم بسلعته عيباً لم يجز بيعها حتى يُبَيِّنه المشترى . فإن لم يبيّنه فهو آثمٌ عاص . نصّ عليه أحمد . لما رَوى حكيمُ بن حزام ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « البَيِّعانِ بالخيارِ مَالَمْ يَتفَرَّقَا . فَإن صَدَقَا وَبَيَّنَا بُورِكَ لهُمَا . وَإنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا » متفق عليه ، وقال عليه السلام « المُسْلِمُ أخُو المُسْلِمِ لاَ يَحِلّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أخِيهِ بَيْعاً إلاّ بَيَّنَهُ لَهُ » وقال « مَنْ بَاعَ عَيْباً لَمْ يُبَيِّنْهُ لَمْ يَزَلْ فِي مَقْتِ الله ، وَلَمْ تزَلِ المَلاَئِكَةُ تَلْعَنُهُ » رواهما ابن ماجه . وروى الترمذىّ : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » وقال : هذا حديث حسن صحيح ، والعمل عليه عند أهل العلم ، كرِهَوُا الغِشّ وَقالُوا : هو حرامٌ . فإن باعه ، ولم يُبَيِّنه فالبيعُ صحيح فى قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعىّ . وحُكى عن أبى بكر عبد العزيز : أن البيع باطلٌ . لأنه منهىٌّ عنه ، والنهىُ يقتضى الفسادَ .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم « نهى عن التَصْرِيَةِ وصحّح البيعَ » ، وقد رُوى عن أبى بكر أنّه قيل له ، ما تقول فى المُصَرَّاة ؟ فلم يذكر جواباً .

الفصل الثانى : أنه متى علم بالبيع عَيْباً لم يكن عالماً به . فله الخيارُ بين الإمساك ، والفسخ ، وسواء كان البائعُ علم العيبَ . وكتمه ، أو لم يعلم . لا نعلمُ بين أهل العلم فى هذا خلافاً . وإثبات النبيّ صلى الله عليه وسلم الخيارَ بالتصرية تنبيهٌ على ثبوتِهِ بالعيب . ولأن مُطلق العقد يقتضى السلامةَ من العيب . بدليل ما رُوى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أنَّهُ اشْتَرَى مَمْلوكاً فَكَتَبَ : هَذَا مَا اشْتَرَى مُحَمّدُ بنُ عَبْدِ اللهِ مِنَ العَدّاء بْنِ خَالِدٍ ، اشْتَرَى مِنْهُ عَبْداً أوْ أمَةً لاَدَاءَ بِهِ ، ولاَ غَائِلَةَ ، بَيْعَ المُسْلِمِ المُسْلِم » فثبت أن بيع المسلم اقتضى السلامة . ولأنّ الأصل السلامة ، والعيبُ حادث ، أو مخالف للظاهر . فعند الإطلاق يُحمل عليها . فمتى فاتت فات بعضُ مقتضى العقد ، فلم يلزمه أخذُه بالعوض ، وكان له الردّ ، وأخذ الثمن كاملاً .

٢٩٧٨ (فصل) خيار الردّ بالعيب على التراخى ، فمتى علم العيب فأخّر الردّ لم يبطُل خيارُه ، حتى يوجد منه ما يدلّ على الرضا ، ذكره أبو الخطّاب ، وذكر القاضى شيئاً يدلُّ على أنّ فيه روايتين .

إحداهما : هو على التراخى . والثانية : هو على الفور . وهو مذهب الشافعىّ ، فمتى علم العيب ، فأخّر ردّه مع إمكانه ، بطل خيارُه . لأنه يدلّ على الرضا ، فأسقط خياره ، كالتصرّف فيه .

ولنا : أنه خيار لدفع ضرر مُتحقّق ، فكان على التراخى . كالقصاص ، ولا نُسلم دلالةَ الإمساك على الرضا به .

الفصل الثالث : أنه لا يخلو المبيعُ من أن يكون بحاله . فإنّه يردُّه ، ويأخذ رأسَ ماله ، أو يكون قد زاد بعد العقد ، أو جُعِلت له فائدة ، فذلك قسمان :

أحدهما : أن تكون الزيادةُ متّصلة ، كالسِّمَن ، والكِبَر ، والتعلُّم ، والحمل قبل الوضع ، والثمرة قبل التأبير ، فإنه يردُّها بنمائها ، لأنه يَتْبَعُ فى العقود والفسوخ .

القسم الثانى : أن تكون الزيادة منفصلة ، وهى نوعان .

أحدهما : أن تكون الزيادة من غير عين المبيع ، كالكَسْب ، وهو معنى قوله « أو استَغَلّها » يعنى أخذ غَلّتها ، وهى منافعُها الحاصلة من جهتها ، كالخدمة ، والأجرة ، والكَسْب ، وكذلك ما يوهَب ، أو يوصَى له به فكلّ ذلك للمشترى فى مقابلة ضمانه ، لأن العبد لو هلك هلك من مال المشترى ، وهو معنى قوله عليه السلام « الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ » ولا نعلمُ فى هذا خِلافاً ، وقد رَوَى ابن ماجه ، عن هشام بن عمّار ، عن مسلم بن خالد ، عن هشام بن عُرْوَة ، عن أبيه ، عن عائشةَ رضى الله عنها « أنّ رجلا اشترى عبداً ، فاستغلّه ما شاء اللهُ ، ثم وجد به عيباً فردّه ، فقال : يا رسول الله ، إنّه استغلّ غُلامِى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ » رواه أبو داود ، والشافعىّ ، ورواه سعيدٌ فى سننه ، عن مسلم بهذا الإسناد ، وقال فيه « الغَلّةَ بِالضَّمَانِ » وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم .

والنوع الثانى : أن تكون الزيادة من عين المبيع ، كالولد ، والثمرة ، واللبن ، فهى للمشترى أيضاً ، ويردّ الأصل دُونَها ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال مالك : إن كان النماء ثمرةً لم يردّها ، وإن كان ولداً ردّه معها ، لأن الردّ حكمٌ فسرَى إلى ولدها ، كالكتابة ، وقال أبو حنيفة : النماء الحادث فى يد المشترى يمنعُ الردّ ، لأنه لا يمكن ردّ الأصل بدونه ، لأنه من مُوجَبه ، فلا يُرفَع العقدُ مع بقاء مُوجَبه ، ولا يمكن ردّه معه ، لأنه لم يتناوله العقدُ .

ولنا : أنه حادث فى ملك المشترى ، فلم يمنع الردّ ، كما لو كان فى يد البائع ؛ وكالكسب ؛ ولأنّه نماء مُنفصلٌ ؛ فجاز ردّ الأصل بدونه ، كالكسب ، والثمرة ، عند مالك ، وقولهم : إن النماء مُوجَب العقد غيرُ صحيح ؛ إنما موجَبه المِلْكُ ، ولو كان مُوجَباً للعقد لعاد إلى البائع بالفسخ ، وقولُ مالك لا يصحّ . لأن الولد ليس بمبيع ، فلا يمكن ردّه بحكم ردّ الأم ، ويبطُل ما ذكره بنقل المِلك بالهِبَة ؛ والبيع ، وغيرهما ؛ فإنه لا يسرى إلى الولد بوجوده فى الأمّ ، وإن كان قد نقص . فهذا نذكر حكمه إن شاء الله تعالى .

الفصل الرابع : إن كان المَبِيعُ جاريةً ثيّباً فوطِئها المشترى قبل عِلمه بالعيب ، فله ردها ، وليس معها شىء . ورُوى ذلك عن زيد بن ثابت . وبه قال مالك ، والشافعىّ وأبو ثور ، وعثمان البتّى ، وعن أحمد

روايةٌ أخرى: أنه يمنع الردّ ويُروى ذلك عن عليّ رضى الله عنه . وبه قال الزهرىّ، والثورىّ ، وأبو حنيفة ، وإسحاق . لأن الوطء يجرى مجرى الجِنَاية . لأنه لا يخلو فى مِلك الغير من عقوبةٍ ، أو مالٍ ، فوجب أن يمنع ، كما لو كانت بِكراً . وقال شُريح ، والشعبى ، والنَّخَعىّ وسعيد بن المسيّب ، وابن أبى ليلى : يَرُدها ومعها أَرْشٌ . واختلفوا فيه . فقال شريح ، والنخَعى : نصف عشر ثمنها . وقال الشعبى : حكومة . وقال ابن المسيَّب : عشرةُ دنانير . وقال ابن أبى ليلى : مَهرُ مِثلها . وحُكى نحوُ قوله عن عمر بن الخطاب ، رضى الله عنه . وذكره ابن أبى موسى ، روايةً عن أحمد . لأنه إذا فَسخ صار واطئاً فى مِلك الغير ، لكون الفسخ رفعاً للعقد من أصله .

ولنا : أنه معنًى لا ينقُص عينَها ، ولا قيمتَها ، ولا يتضمَّن الرضا بالعيب . فلا يمنع الرد ، كالاستخدام، وكوطء الزوج . وما قالوه يبطُل بوطء الزوج ، ووطء البكر ينقُصُ ثمنها ، وقولهم : يكون واطئاً فى ملك الغير: ليس بصحيح. لأنّ الفسخ رفعٌ للعقد من حينه ، لا من أصله . بدليل أنه لا يُبْطِلُ الشفعة ، ولا يوجب رد الكَسْب ، فيكون وطؤه فى مِلكه .

٢٩٧٩ (فصل) ولو اشترى مُزوّجةً ، فوطئها الزوجُ لم يمنع ذلك الردّ بغير خلاف نعلمه ، فإن زوّجها المشترى ، فوطئها الزوج ، ثم أراد ردَّها بالعيب ، فإنْ كان ذلك النكاحُ باقياً فهو عيبٌ حادث . وإن كان قد زال ، فحكمُه حكمُ وطء السيّد ، وقد استحسن أحمد رحمه الله أنّه يمنع الردّ . وهو محمول على الرواية الأخرى . إذ لا فرق بين هذا ، وبين وطء السيّد . وإن زنت فى يد المشترى ، ولم يكن عَرَف ذلك منها ، فهو عيبٌ حادث ، حكمُه حكمُ العُيوب الحادثة ، ويحتمل أن يكون عيباً بكلّ حال . لأنه لزمها حكمُ الزنا فى يد المشترى .

الفصل الخامس: أنه إذا اختار المشترى إمساك المعيب ، وأخذَ الأرْشِ ، فله ذلك . وهذا قول إسحاق، وقال أبو حنيفة ، والشافعىّ : ليس له إلاّ الإمساكُ ، أو الردّ . وليس له أَرْشٌ ، إلاّ أن يتعذّر رَدّ المبيع . لأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم جعل لمشترى المُصَرّاةِ الخيارَ بين الإمساك من غير أرْشٍ ، أو الردّ . ولأنه يملك الردَّ ، فلم يملك أخذ جُزء من الثمن ، كالذى له الخيار .

ولنا : أنّه ظهر على عيب لم يَعلم به ، فكان له الأرْشُ ، كما لو تعيّب عنده . ولأنّه فات عليه جُزء من المبيع . فكانت له المطالبة بعِوَضه ، كما لو اشترى عَشَرةَ أقفِزَةٍ ، فبانت تسعةً ، أو كما لو أتلفه بعد البيع ، فأما المُصَرّاة ، فليس فيها عيبٌ . وإنما ملك الخيار بالتدليس ، لا لفوات جزء ، ولذلك لا يستحِقّ أرشاً ، إذا امتنع الردّ عليه .

إذا ثبت هذا : فمعنى أرْشِ العيب أن يُقَوّم المبيعُ صحيحاً ، ثم يُقَوّمَ معيباً ، فيؤخذُ قسطُ ما بينهما

من الثمن ، فنسبتهُ إلى الثمن نسبةُ النقصان بالعيب من القيمة ، مثالهُ : أن يُقوَّمَ المَعيبُ صحيحاً بعشرةٍ ، ومعيباً بتسعة ، والثمنُ خمسةَ عشَر ، فقد نقصه العيب عُشْرَ قيمته . فيرجع على البائع بعُشْرِ الثمن ، وهو درهمٌ ونصف . وعلّة ذلك : أن المبيع مضمون على المشترى بثمنه ، ففواتُ جزء منه يُسقط عنه ضمانَ ما قابله من الثمن أيضاً . ولأننا لو ضمّناه نَقْصَ القيمةِ أفْضَى إلى اجتماع الثمن والمُثْمَن للمشترى ، فيما إذا اشترى شيئاً بنصف قيمته ، فوجد به عيباً ينقُصه نصفَ قيمته ، مثلُ أن يشتريه بعشَرَةٍ ، وقيمتهُ عشرون ، فوجد به عيباً ينقُصُهُ عشرةً ، فأخذها ، حصل له المبيعُ ورَجَع بثَمَنِه . وهذا معنى قول الخِرَقيّ أو يأخذُ ما بين الصّحة والعَيْب . وقد نصّ أحمدُ على ما ذكرناه ، وذكره الحسن البصريّ ، فقال : يرجِعُ بقيمة العَيْب فى الثمن يومَ اشتراه ، قال أحمد : هذا أحسنُ ما سمعتُ .

٢٩٨٠ « مسألة » قال ﴿ وإن كانت بكراً فأراد ردّها كان عليه ما نقصها ﴾ .

يعنى الأمةَ البكر إذا وطئها المُشترى ، ثم ظهر على عيب ، فردّها ، كان عليه أن يردّ معها أرْشِ النقص . وعن أحمد فى جواز ردّها روايتان :

إحداهما : لا يردّها ويأخذُ أرْش العيب ، وبه قال ابن سيرين ، والزهريّ ، والثوريّ ، والشافعيّ ، وأبو حنيفة ، وإسحق . قال ابن أبى موسى : وهو الصحيح عن أحمد .

والرواية الثانية : يردّها ، ويردّ معها شيئاً ، وبه قال شُرَيح ، وسعيد بن المسيّب ، والنخَعِيّ ، والشّعبيّ ومالك ، وابن أبى ليلى ، وأبو ثور ، والواجب ردّ ما نقص قيمتَها بالوطء فإذا كانت قيمتها بكراً عشرةً ، وثيّباً ثمانيةً ردّ دينارين . لأنه بفسخ العقد يصيرُ مضموناً عليه بقيمته ، بخلاف أرْش العيب ، الذى يأخذه المشترى . وهذا قول مالك ، وأبى ثور ، وقال شُرَيح ، والنخَعِيّ : يردّ عُشْرَ ثمنها ، وقال سعيد بن المسيّب . يردّ عَشرَةَ دنانيرَ . وما قلناه أولى إن شاء الله تعالى ، واحتجّ من منع ردّها بأن الوطء نقص عينَها ، وقيمتَها ، فلم يملك ردّها ، كما لو اشترى عبداً ، فخَصَاه ، فنقصت قيمتهُ .

ولنا : أنه عيبٌ حدث عند أحـد المتبايعين ، لا لاستعلامٍ . فأثبت الخيارَ ، كالعيب الحادث عند البائع قبلَ القبض .

٢٩٨١ (فصل) وكلّ مبيع كان معيباً ، ثم حدث بهِ عند المشترى عيبٌ آخرُ قبل علمه بالأول . فعن أحمد رحمه الله فيه روايتان :

إحداهما : ليس له الردّ ، وله أرش العيب القديم ، وبه قال الثورىّ ، وابنُ شُبْرُمةَ ، والشافعى ، وأصحابُ الرأى . ورُوى ذلك عن ابن سيرين ، والزهريّ ، والشعبيّ . لأن الردّ ثبت لإزالة الضرر ، وفى الردّ على البائع إضرار به . ولا يُزالُ الضرر بالضرر .

والثانية : له الردّ ويردّ أرش العيب الحادث عنده ، ويأخذُ الثمن . وإن شاء أمسكه ، وله الأرش . وبهذا قال مالك ، وإسحق . وقال النخعيّ ، وحمادُ بن أبي سليمان : يردّه ، ونقصانَ العيب ، وقال الحكم : يردّه لم يذكر معه شيئاً .

ولنا : حديثُ المُصَرَّاة . فإن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسلم أمر بردِّها بعد حَلْبِها ، وردّ عوض لبنها . واحتجّ أحمدُ بأن عثمانَ بن عفّان رضى الله عنه « قَضَى فِي الثَّوْبِ إِذَا كَانَ بِهِ عَوَارٌ[1] بِرَدِّهِ ، وَإِنْ كَانَ قَدْ لَبِسَهُ » ولأنه عيب حدث عند المشترى . فكانَ له الخيارُ بين ردّ المبيع ، وأرشه ، وبين أخذ أرش العيب القديم ، كما لو كان حدوثُه لاستعلام المبيع . ولأن العيبين قد استويا والبائعُ قد دلّس به ،والمشترى لم يدلّس . فكان رعايةُ جانبه أولى . ولأن الردّ كان جائزاً قبل حدوث العيب الثانى ، فلا يزول إلا بدليل وليس فى المسألة إجماعٌ ولا نصٌّ ، والقياس إنما يكون على أصل ، وليس لما ذكروه أصلٌ ، فيبقى الجوازُ بحاله .

إذا ثبت هذا : فإنه يَردّ أرش العيب الحادث عنده . لأن المبيع بجُملته مضمونٌ عليه ، فكذلك أجزاؤه . وإن زال العيبُ الحادث عند المشترى ردّه ، ولا أرش معه على كلتا الروايتين . وبه قال الشافعىّ . لأنه زال المانعُ مع قيام السبب المقتضى للردّ ، فثبت حكمه . ولو اشترى أَمَةً فحملت عنده ، ثم أصاب بها عَيْباً . فالحملُ عيبٌ فى الآدميّات دون غيرهنّ .لأنه يمنعُ الوطء ، ويُخاف منه التلَفُ . فإن ولدت ، فالولد للمشترى . وإن نقصتها الولادةُ ، فذلك عيبٌ أيضاً . وإن لم تنقُصْها الولادةُ ، ومات الولدُ ، جاز ردّها ، لأنه زال العيب ، وإن كان ولدها باقياً لم يكن له ردُّها دون ولدها . لأن ذلك تفريق بينهما . وهو محرّم ، وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطّاب فى مسائلهما : له الفسخُ فيها دون ولدها ، وهو قول أكثر أصحاب الشافعى ، ولأنه موضع حاجةٍ ، فأشبه مالو ولدت حُرًّا ، فإنّه يجوز بيعُها دون ولدها .

ولنا : عموم قول النبيِّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » ولأنه أمكن دفع الضرر بأخذ الأرش ، أو بردّ ولدها معها . فلم يجُز ارتكاب منهىّ الشرع بالتفريق بينهما . كما لو أراد الإقالة فيها دون ولدها ، وقولهم : إن الحاجة داعيةٌ إليه . قلنا : قد اندفعت الحاجةُ بأخذ الأَرْش . أما إذا ولدت حُرًّا ، فلا سبيل إلى بيعه معها بحال ، ولو كان المبيعُ حيواناً غيرَ الآدمىّ ، فحدث به حمل عند المشترى ، لم يمنع الردّ بالعيب . لأنه زيادة . وإن علم بالعيب بعد الوضع ، ولم تنقُصْه الولادةُ . فله إمساكُ الولد ، وردّ الأم . لأن التفريق بينهما جائز . ولا فرق بين حملها قبل القبض ، أو بعده . ولو اشتراها حاملاً ، فولدت عنده ، ثم اطّلع على العيب ، فردّها ، ردّ الولد معها .

---

(١) العوار : مثلثة العين مع تخفيف الواو هو الخرق والشق فى الثوب .

لأنه من جملة المبيع ، والزيادة فيه نماء متّصل بالمبيع . فأشبه ما لو سمنت الشاةُ . فإن تلف الولدُ فهو كتعيُّب المبيع عنده . فإن قلنا : له الردّ ، فعليه قيمتُه إن اختار ردّ الأم ، وعن أحمد أنه لا قيمة عليه للولد . وحمله القاضى على أن البائع دَلّس العيبَ . وإن نقصت الأمُّ بالولادة ، فهو عيب حادث ، حكمُهُ حكمُ العيوب الحادثة . ويمكن حملُ كلام أحمد على أن الحمل لا حكم له ، وهذا أحدُ القولين للشافعى . فعلى هذا يكون الولد حينئذٍ للمشترى . فلا يلزمه ردّه إن كان باقياً ، ولا قيمتُهُ إن كان تالفاً ، والأوّل هو الصحيح . وعليه العملُ إن شاء الله تعالى .

٢٩٨٢ (فصل) وإن كان المبيع كاتباً ، أو صانعاً ، فنسى ذلك عند المشترى ، ثم وجد به عيباً . فذلك عيبٌ حادث عند المشترى ، حكمُهُ حكمُ غيره من العُيوب . وعن أحمد : يرده ، ولا يردّ معه شيئاً ، وعلّله القاضى بأنه ليس ينقص فى العين . ويمكن عَودُه بالتذكُّر . قال : وعلى هذا لو كان سميناً فهُزِل . والقياس ما ذكرناه . فإن الصياغة والكتابة متقوّمة تُضْمَنُ فى الغَصْب ، وتلزمُ بشرطها فى البيع . فأشبهت الأعيان ، والمنافعَ من السمع ، والبصر ، والعقل . وإمكان العَوْدِ مُنتقض بالسن ، والبصر ، والحمل ، ولعلّ ما رُوى عن أحمد أراد به إذا دلّس البائع العَيْبَ .

٢٩٨٣ (فصل) وإذا تعيَّب المبيعُ فى يد البائع بعد العقد ، فإن كان المبيعُ من ضمانه ، فحكمُه حكمُ العيب القديم . وإن كان من ضمان المشترى فحكمُهُ حكمُ العيب الحادث بعد القبض . فأما الحادث بعد القبض . فهو من ضمان المشترى . ولا يثبُت به خيار . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، وقال مالك : عُهدةُ الرقيق ثلاثةُ أيام ، فما أصابه فيها فهو من ضمان البائع ، إلاّ فى الجنون ، والجُذام ، والبرَص . فإن ظهر إلى سنةٍ ثبت الخيار . لما رَوى الحسنُ عن عُقْبَة « أن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسلَّم جَعَلَ عُهدةَ الرَّقِيق ثَلاَثَةَ أيامٍ » وأنه إجماعُ أهل المدينة . ولأنّ الحيوانَ يكونُ فيه العيبُ ، ثم يظهر .

ولنا : أنه ظهر فى يد المشترى ، ويجوز أن يكون حادثاً . فلم يثبُت به الخيار ، كسائر المبيع ، أو مابعد الثلاثة ، والسنة ، وحديثُهم لا يثبُت . قال الإمام أحمد ليس فيه حديثٌ صحيحٌ ، وقال ابن المنذر : لا يثبُت فى العُهدة حديث صحيح ، والحسنُ لم يلقَ عُقْبةَ . وإجماع أهل المدينة ليس بحجّة ، والداء الكامن لا عِبْرَةَ به . وإنما النقصُ بما ظهر لا بما كَمَن .

٢٩٨٤ « مسألة » قال ﴿ إلا أن يكون البائع دلّس العيبَ . فيلزُمه ردّ الثمن كاملا . وكذلك سائرُ المَبِيع ﴾ .

معنى دلّس العيب : أى كتمه عن المشترى مع علمه به ، أو غطّاه عنه بما يُوهِم المشترى عدمَه . مُشْتَقّ من الدّلسة . وهى الظُّلْمةُ . فكأنّ البائع يسترُ العَيْبَ ، وكتمانُه جعله فى ظُلْمَةٍ ، فخفيَ عن المشترى ، فلم

يَرَهُ . ولم يعلم به ، وسواء فى هذا ماعلم به ، فكتمه ، وما ستره ، فكلاهما تدليس حرامٌ على ما بيَّنّاه . فإذا فعله البائعُ فلم يعلم به المشترى حتى تَعَيَّبَ المبيعُ فى يده ، فله ردّ المبيع ، وأخذُ ثمنه كاملاً : ولا أرشَ عليه ، سواء كان الحادث بفعل المشترى ، كوطء البكر ، وقطع الثوب ، أو بفعل آدمىّ آخرَ ، مثل أن يجنى عليه جانٍ ، أو بفعلِ العبد كالسرقة ، والإباقِ ، أو بفعْل الله تعالى ، بالمرض ، ونحوه ، سواء كان ناقصاً للمبيع ، أو مُذهِباً لجميعه . قال أحمد فى رجل اشترى عبداً فأبقَ من يده ، وأقام البيِّنة أنّ إباقه كان موجوداً فى يد البائع : يرجعُ به على البائع بجميع الثمن الذى أخذه منه . لأنه غرَّ المشترىَ ، ويتبعُ البائعُ عبده ، حيثُ كان . وهذا يُحكى عن الحكَم ، ومالك ، لأنه غرّه ، فيرجعُ عليه ، كما لو غرّه بحرِّية أمة وظاهر حديث المُصرّاة يدل على أن ما حدث فى يد المشترى مضمونٌ عليه ، سواء دلّس البائعُ العيبَ ، أو لم يُدلّسه ، فإن التّصرِيةَ تَدليسٌ . ولم يَسقُط عن المشترى ضَمانُ اللبن ، بل ضمنه بصاع من التمر ، مع كونه قد نُهىَ عن التصْرِيةِ وقال « بَيْعُ المُحفَّلاتِ[1] خِلَابَةٌ ، ولاَ تَحِلُّ الخلاَبَةُ لِمُسْلِمْ » وقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « الخَرَاجُ بالضَّمانِ » يدلّ على أن من له الخراجُ فَعَلَيْهِ الضمانُ لكونه جعل الضمان علّةً لوجوب الخَراج له . فلو كان ضمانُه على البائع لكان الخراجُ له ، لوجود عِلّته ، ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبُت إلا بنصّ أو إجماع ، أو قياس ، ولا نعلم فى هذا نصاً ولا إجماعاً . والقياسُ إنما يكون على أصل ، ولا نعلم لهذا أصلاً . ولا يشبه هذا التغرير بحُرِّية الأمة فى النكاح . لأنه يرجعُ على من غرّه وإن لم يكن سيِّد الأمة ، وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشىء .

٢٩٨٥ (فصل) فى معرفة العُيوب : وهى النقائص الموجبة لنقص المالية فى عادات التُّجار . لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة الماليّة . فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً . والمرجع فى ذلك إلى العادة فى عُرف أهل هذا الشأن وهم التجار .

فالعيوب فى الخلقة ، كالجنونِ ، والجُذامِ ، والبرَص ، والعمَى ، والعَورِ ، والعَرجِ ، والعَفَلِ[2] والقَرَنِ[3] والعَتَقِ ، والرَتَقِ ، والقَرَع ، والصَّمَمِ ، والطَّرَشِ ، والخَرَس ، وسائر المرض والأصبع الزائدة ، والناقصة ، والحَوَل

(١) المحفلات : المجموع لبنها فى ضرعها بسبب تركها أياما بدون حلب والخلابة : الخداع والغش .

(٢) العفل : شىء يخرج من قبل النساء ، أى لحمة تكون فيه تضيق مدخل الذكر فيه ، كما يحدث للرجل فى أنثيه وتسمى الأدرة ، وعند العامة تسمى (القليطة)

(٣) القرن : اقتران الشفرين من فرج المرأة لوجود عقلة صغيرة أى عظمة صغيرة بينهما . والعتق العض ، والرتق انسداد الفرج فلا يستطاع جماع من بها ، أو هو عدم وجود خرق للمرأة إلا مخرج البول .

والخَوَص[(١)] ، والسَّبَل وهو زيادة فى الأَجْفَـانِ ، والتخنيث ، وكونه خُنْثي ، والخِصاء ، والتزوّج فى الأمة ، والبَخَر[(٢)] فيها ، وهذا كلّه قول أبى حنيفة ، والشافعىّ . ولا أعلم فيه خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم فى الجارية تُشترَى ولها زوج : أنه عيب . وكذلك الدَّيْنُ فى رَقَبةِ العبد ، إذا كان السيّد مُعْسِراً ، والجناية المُوجِبَةُ للقوَدِ . لأن الرقبة صارت كالمستَحقّة ، لوجوب الدفع فى الجناية ، والبيع فى الدين ، ومستحقّة للاتلاف بالقِصاص ، والزنا ، والبَخَرُ عيبٌ فى العبد ، والأمةِ جميعاً ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : ليس ذلك بعيب فى العبد . لأنه لا يرادُ للفراش ، والاستمتاع به ، بخلاف الأمة .

ولنا : أن ذلك ينقُصُ قيمتَه ، وماليتّه . فإنه بالزنا يتعرّض لإقامة الحدّ عليه ، والتعزير ، ولا يأمنه سيّده على عائلته ، وحريمه ، والبَخَرُ يُؤْذى سيّده ، ومَن جالسه ، وخاطبه ، أو سارّه ، وأما السرقة ، والإباق ، والبول فى الفراش ، فهى عُيوب فى الكبير ، الذى جاوز العَشْر ، وقال أصحاب أبى حنيفة فى الذى يأ كلُ وحده ، ويشربُ وحده ، وقال الثورى وإسحاق : ليس بعيب فيه حتىّ يحتلم . لأنّ الأحكام تتعلّق به من التكليف ، ووجوب الحدود بُبلوغه . فكذلك هذا .

ولنا : أن الصبىّ العاقل يتحرّز من هذا عادَة ، كتحرّز الكبير ، فوجوده منه فى تلك الحال يدلّ على أن البول لداء فى باطنه ، والسرقةُ والإباقُ لُخبْث فى طبعه . وحدّ ذلك بالعَشْر لامر النبىّ صلى الله عليه وسلم بتأديب الصبىّ على ترك الصلاة عندها ، والتفريق بينهم فى المضاجع لبلوغها . فأمّا مَنْ دون ذلك ، فتكون هذه الأمور منه لضعف عقله ، وعدم تَثَبّته . وكذلك إن كان العبد يشرب الخمر ، أو يَسكَر من النبيذ . نصّ عليه أحمد . لأنه يوجب عليه الحدّ ، فهو كالزنا ، وكذلك الحمق الشديد ، والاستطالة على الناس ، لأنه يحتاج إلى التأديب ، وربمّا تكرّر ، فأفضى إلى تلفه ، ولا يكون عيباً إلا فى الكبير دون الصغير . لأنه منسوب إلى فعله ، وعدم الخِتَان ليس بعيب فى الصغير . لأنه لم يفُت وقتُه ، ولا فى الأمَةِ الكبيرة . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أصحاب أبى حنيفة : هو عيب فيها . لأنه زيادة ألم ، فأشبهت العبد .

ولنا : أنه ليس بواجب فى حقّها ، والألم فيه يسيرٌ لا يُخشى منه التلف ، بخلاف العبد الكبير . فأما العبد الكبير . فإن كان مجلوباً من الكفّار فليس ذلك بعيب فيه . لأن العادة أنّهم لا يختتنون . فصار

---

(١) الخوص : غئور العين ، وانخسافها .

(٢) البخر : نتن الفم وغيره من الجسم واشتهر فى نتن الفم ، وهو المراد هنا

ذلك معلوماً عند المشترى ، فهو كدينهم . وإن كان مُسلماً مُوَلَّداً فهو عيب فيه . لأنه يُخشى عليه منه ، وهو خلاف العادة .

٢٩٨٦ (فصل) والثُّيوبة ليست عيباً . لأن الغالب على الجوارى الثُّيوبة . فالإطلاق لا يقتضى خلافها ، وكونها محرّمة على المشترى بنسب ، أو رَضاعٍ ليس بعيب ، إذ ليس فى المحلّ ما يوجب خللاً فى المالية ، ولا نقصاً ، وإنما التحريم مختصّ به . وكذلك الإحرام ، والصيام . لأنهما يزولان قريبا ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . ولا نعلم لهما مخالفاً . وكذلك عدّة البائن . وأما عدّة الرجعيّة فهى عيب . لأن الرجعيّة زوجة ، ولا يؤمَنْ ارتجاعُه لها . ومعرفة الغناء ، والحِجَامة ليست بعيب . وحُكى عن مالك فى الجارية المغنيّة : أن ذلك عيب فيها . لأن الغِناء محرّم .

ولنا : أن هذا ليس بنقص فى عينها ولا قيمتها . فلم يكن عيبا ، كالصناعة . ولانُسلِّم أن الغناء محرّم . وإن سلّمناه فالمحرّم استعماله ، لا معرفته ، والعَسَرُ[1] ليس بعيب وكان شُرَيْحٌ يردّ به .

ولنا : أنه ليس بنقص ، وعملُه بإحدى يديه يقوم مَقام عمله بالأخرى ، والكفر ليس بعيب . وبه قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : هو عيب . لأنه نقص ، بدليل قول الله تعالى (٢ : ٢٢١ وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ) .

ولنا : أن العبيد يكون فيهم المسلم ، والكافر ، والأصلُ فيهم الكفر . فالإطلاق لا يقتضى خلاف ذلك ، وكون المؤمن خيراً من الكافرِ لا يقتضى كونَ الكُفر عيباً كما أن المتّقى خيرٌ من غيره . قال الله تعالى (٤٩ : ١٣ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ) وليس عدمُ ذلك عيباً . وكونهُ ولَدَ زناً ليس بعيب . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفه : هو عيب فى الجارية . لأنَّها تُراد للافتراش ، بخلاف العبد .

ولنا : أن النسب فى الرقيق غيرُ مقصود ، بدليل أنهم يشترون مجلو بينَ غير معروفى النسب ، وكون الجارية لا تُحسن الطبخ ، أو الخَبز ، أو نحو هذا ليس بعيب . لأن هذهِ حِرْفةٌ ، فلم يكن فواتها عيباً ، كسائر الصنائع ، وكونَها لا تحيض ليس بعيب .

وقال الشافعىُّ : هو عيب ، إذا كان لِكبَرٍ . لأن من لا تحيض لا تحملُ .

ولنا : أن الإطلاق لا يقتضى الحيض ، ولا عدمه ، فلم يكن فواتهُ عيباً ، كما لو كان لغير الكبرَ .

٢٩٨٧ (فصل) وإذا اشترط المشترى فى المبيع صفةً مقصودةً مما لا يُعَدُّ فقدُه عيباً صحّ اشتراطُه ، وصارت مستحقَّة ، يثبُت له خيار الفسخ عند عدمها ، مثل أن يشترط مُسلماً فيبينُ كافراً ، أو يشترط الأمَةَ بكراً أو جَعْدةً ، أو طبَّاخةً أو ذات صَنْعةٍ ، أو لبَنٍ ، أو أنها تحيضُ ، أو يشترط فى الدابّة أنها

(١) العسر : كون العبد يعمل بيده الشمال .

هِمْلاَجَةً[١] ، أو فى الفَهْد : أنه صَيُود ، وما أشبه هذا . فمتى بان خلافُ ما اشترطه فله الخيارُ فى الفسخ ، والرجوع بالثمن ، أو الرضا به . ولا شىء له . لا نعلم بينهم فى هذا خلافاً . لأنه شرَطَ وصفاً مرغوبا فيه ، فصار بالشرط مستحَقًا .

فأما إن شرط صفةً غير مقصودة ، فبانت بخلافها ، مثل أن يشترطها سَبْطَةً[٢] فبانت جَعْدَةً ، أو جاهلةً فبانتَ عَالمةً . فلا خيار له . لأنه زاده خيراً . وإن شرطها كافرةً فبانت مُسلمة ، أو ثيّباً فبانت بكراً . فله الخيارُ . لأن فيه قصداً صحيحاً . وهو أن طالب الكافرة أكثرُ ، لصلاحيتها للمسلمين ، وغيرهم ، أو ليستريح من تكليفها العِبَادات . وقدَ يشترط الثيّب لعجزه عن البكر . أو ليبيعها لعاجز عن البكر . فقد فات قصدُه ، وقيل . لا خيار له . لأن هذين زيادة . وهو قول الشافعىّ فى البكر . واختيار القاضى . واستبعد كونه يقصدالثُّيوبة لعجزه عن البكر . وليسهذا ببعيد ، فإنه ممكن ، والاشتراط يدلّ عليه فيصيرُ بالدليل قريباً ، وإن شرط الشاة لَبُوناً صحّ ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لا يصحّ . لأنه لا يجوز بيع اللبن فى الضرع ، فلم يجُز شرطه .

ولنا : أنه أمر مقصود ، يتحقّق فى الحيوان ، ويأخُذ قِسْطاً من الثمن . فصحّ اشتراطُه ، كالصناعة فى الأمة ، والهَمْلَجَةِ فى الدابّة . وإنما لم يجُز بيعُهُ مفرَداً للجَهالة ، والجهالةُ تَسقُط فيما كان بيعاً . وكذلك لو اشتراها بغير شرط صحّ بيعُها معه . وكذلك يصحّ بيع أساسات الحيطان ، والنوَى فى التمر معه ، وإن لم يَجُز بيعُهما مُفردين . وإن شرط أنها تُحْلَبُ كلّ يوم قدراً معلوماً ، لم يصحّ لتعذّر الوفاء به ، لأن اللبن يختلفُ ، ولا يمكن ضبطه ، وإن شرطها غزيرةَ اللبن صحّ . لأنهُ يمكن الوفاء به . وإن شرطها حاملاً صحّ . وقال القاضى : قياسُ المذهب أنه لا يصحّ . لأن الحمل لا حكم له . ولهذا لا يصحّ اللّعان على الحمل ، ويحتملُ أنه ريحٌ .

ولنا : أنه صفه مقصودة يمكن الوفاء بها . فصحّ شرطه ، كالصناعة ، وكونها لَبُوناً . وقد بيّنا فيما قبلُ : أنّ للحمل حُكماً ، ولذلك « حَكَمَ النبىُّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّم فى الدِّيَةِ بِأَرْبَعِينَ خَلِفَةً فِى بُطُونِهَا أَوْلاَدُهَا » ومنع أخذ الحوامل فى الزكاة ، ومنع وطء الحبالى المَسْبِيّات ، وجعل الله تعالى عِدّة الحامل وضعَ حملها ، وأرخص لها الفِطْر فى رمضان إذا خافت على ولدها ؛ ومنع من الاقتصاص منها ، وإقامة الحدّ عليها من أجل حملها ، وظاهرُ الحديث المروىّ فى اللّعان ، يدلّ على أنه لا عنها فى حال حملها ، فانتفى عنه ولدُها ، وإن شرط أنّها تضعُ الولد فى وقت بعينه لم يصحّ ، وجهاً واحداً ، لأنه لا يمكن الوفاء به ، وإن

(١) هملاجة : ذلولة طيعة .

(٢) سبطة : شعرها سلس غير متجعد .

شرط أنها لاتحمل لم يصح الشرط ، لأنه لا يمكن الوفاء به ، وقال مالك : لايصح في المرتفعات ، ويصح في غيرهن .

ولنا : أنه باعها بشرط البراءة من الحمل ، فلم يصح ، كالمرتفعات ، وإن شرطها حائلا ، فبانت حاملا ، فإن كان ذلك في الأمة فهو عيب يثبت الفسخ به ، وإن كان في غيرها فهو زيادة لا يستحق به فسخا ، ويحتمل أن يستحق ، لأنه قد يريدها لسفر ، أو لحمل شيء ، لا يتمكن منه مع الحمل ، وإن شرط البيض في الدجاجه ، فقد قيل : لا يصح ، لأنه لا علم عليه يعرف به ، ولم يثبت له في الشرع حكم ، والأولى أنه يصح ، لأنه يعرف بالعادة ، فأشبه اشتراط الشاة لبونا ، وإن اشترط الهزار ، أو القمري مصوتا ، فقال بعض أصحابنا : لايصح ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن صياح الطير يجوز أن يوجد ، ويجوز أن لا يوجد ، : والأولى جوازه ،لأن فيه مقصداً صحيحاً ، وهو عادة له ، وخلقة فيه، فأشبه الهملجة في الدابة، والصيد في الفهد ، وإن شرط في الحمام أنه يجيء من مسافة ذكرها ، فقال القاضي : لا يصح ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن فيه تعذيباً للحيوان ، والقصد منه غير صحيح ، وقال أبو الخطاب ، يصح ، لأن هذه عادة مستمرة ، وفيه قصد صحيح ، لتبليغ الأخبار ، وحمل الكتب ، فجرى مجرى الصيد في الفهد ، والهملجة في الدابة ، وإن شرط في الجارية أنها مغنية لم يصح . لأن الغناء مذموم في الشرع . فلم يصح اشتراطه ، كالزنا . وإن شرط في الكبش كونه نطاحاً ، وفي الديك كونه مقاتلاً لم يصح الشرط . لأنه منهي عنه في الشرع ، فجرى مجرى الغناء في الجارية . وإن شرط في الديك أنه يوقظه للصلاة لم يصح . لأنه لا يمكن الوفاء به . وإن شرط كونه يصيح في أوقات معلومة جرى مجرى اشتراط التصويت في القمري على ماذكرنا .

٢٩٨٨ (فصل) ولا يفتقر الرد بالعيب إلى رضا البائع ، ولا حضوره ، ولا حكم حاكم قبل القبض ، ولا بعده . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة . إن كان قبل القبض افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه . وإن كان بعده افتقر إلى رضا صاحبه ، أو حكم حاكم . لأن ملكه قد تم على الثمن . فلايزول إلا برضاه .

ولنا : أنه رفع عقد مستحق له ، فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ، ولا حضوره ، كالطلاق،ولأنه مستحق الرد بالعيب . فلا يفتقر إلى رضا صاحبه ، كقبل القبض .

٢٩٨٩ « مسألة » قال ﴿ ولو باع المشتري بعضها ثم ظهر على عيب ، كان مخيراً بين أن يرد ملكه منها بمقداره من الثمن ، أو يأخذ أرش العيب بقدر ملكه فيها ﴾ .

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

منها : أنه إذا اشترى معيباً فباعه ، سقط رده . لأنه قد زال ملكه عنه . فإن عاد إليه ، فأراد رده

بالعيب الأولّ نظرنا . فإن كان باعه عالماً بالعيب أو وُجد منه ما يدلُّ على رضاه به ، فليس له ردُّه . لأن تصرّفه رضاً بالعيب . وإن لم يكن علم بالعيب ، فله ردُّه على بائعه . وبهذاقال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفة : ليس له ردُّه إلا أن يكون المشترى فسخ بحكم الحاكم . لأنه سقط حقّه من الردّ ببيعه ، فأشبه مالو علم بعيبه .

ولنا : أنه أمكنه استدراك ظُلاَمتِهِ بردّه . فملك ذلك ، كما لو فسخ الثانى بحُكم حاكم ، أو كما لو لم يزُلْ مِلكهُ عنه . ولا نسلّم سقوط حقّه . وإنما امتنع لعجزه عن ردّه . فإذا عاد إليه زال المانع . فظهر جوازُ الردّ ، كما لو امتنع الردّ لغَيْبَةِ البائع ، أو لمعنىً سواه ، وسواء رجع إلى المشترى الأوّل بالعيب الأول أو باقالة ، أو هبة ، أو شراء ثانٍ ، أو ميراثٍ فى ظاهر كلام القاضى ، وقال أصحاب الشافعىّ : إن رجع بغير الفسخ بالعيب الأول ، ففيه وجهان :

أحدهما : ليس له ردّه لأنه استدرك ظُلامته ببيعه ، ولم يزُل بفسخه .

ولنا : أن سبب استحقاق الردّ قائم . وإنما امتنع لتعذّره بزوال ملكه . فإذا زال المانع وجب أن يجوز الردّ ، كما لو رُدّ عليه بالعيب . فعلى هذا إذا باعها المشترى لبائعها الأول ، فوجد بها عيباً كان موجوداً حال العقد الأول ، فله الردّ على البائع الثانى ، ثم للثانى ردُّه عليه . وفائدة الردّ ههنا : اختلافُ الثمنين ، فإنّه قد يكون الثمن الثانى أكثرَ .

الفصل الثانى : أنه إذا باع المعيب ، ثم أراد أخذ أرْشِه . فظاهر كلام الخِرَقىّ . أنه لا أرْشَ له ، سواء باعه عالما بعيبه ، أو غيرَ عالم . وهذا مذهب أبى حنيفة ، والشافعىّ ، لأن امتناع الردّ كان بفعله . فأشبه مالو أتلف المبيع . ولأنه قد استدرك ظُلاَمَتَهُ ببيعه ، فلم يكن له أرش ، كما لو زال العيبُ . وقال القاضى : إن باعه مع علمه بالعيب فلا أرش له . لرضاه به مَعيباً ، وإن باعه غيرَ عالم بالعيب فله الأرْشُ . نصّ عليه أحمد ، لأن البائع لم يُوَفِّه ما أوجبه له العقدُ ، ولم يوجد منه الرضا به ناقصاً . فكان له الرجوع عليه ، كما لو أعتقه . وقياسُ المذهب . أن له الأرش بكلّ حال ، سواء باعه عالماً بعيبه ، أو جاهلاً به . لأننا خيرناه ابتداء بين ردّه وإمساكه ، وأخذِ الأرش ، فبيعُه والتصرّف فيه بمنزلة إمساكه ، ولأن الأرش عوضُ الجزء الفائت من المبيع ، فلم يَسقُط ببَيْعه ، ولا رضاه ، كما لو باعه عَشَرَةَ أقفزة ، وسلّم إليه تسعةً ، فباعها المشترى ، وقولهم : إنه استدرك ظُلاَمته لا يصحّ ، فإن ظُلاَمته من البائع ، ولم يستدركها منه ، وإنما ظَلَمَ المشترى ، فلم يَسقُط حقّه بذلك من الظالم له ، وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وذكر أبو الخطّاب عن أحمد فى رجوع بائع المَعيب بالأرش روايتين ، من غير تفريق بين علم البائع بالعيب ، وجهله به ، وعلى قول من قال : لا يستحقّ الأرْشَ فإذا علم به المشترى الثانى فردّه به ، أو أخذ أرشه منه ، فللأول أخذُ أرْشه ،

وهو قول الشافعيّ إذا امتنع على المشترى الثانى ردّه بعيب حدَث عنده . لأنه لم يستدرك ظُلاَمته . وكلّ واحد من المشتَرِيَيْن يرجعُ بحِصَّةِ العيب من الثمن الذى اشتراه به ، على ما ذكرناه فيما تقدّم .

الفصل الثالث : إذا باع المشترى بعضَ المعيب ، ثم ظهر على عيب . فله الأَرْشُ لما بقى فى يده من المبيع ، وفى الأرش لما باعه ما ذكرنا من الخلاف فيما إذا باع الجميع ، وإن أراد رد الباقى بحصّته من الثمن ، فالذى ذكره الخِرقىُّ ههنا : أن له ذلك . وقد نصّ عليه أحمدُ ، والصحيحُ أنّه إن كان المبيع عيناً واحدةً ، أو عينين ينقصُهما التفريق ، كمِصْراعَىْ باب ، وَزَوْجَىْ خُفّ : أنَّه لا يملك الردّ . لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة ، أو ضرر الشركة ، وامتناع الانتفاع بها على الكمال ، كإباحة الوطء والاستخدام . وبهذا قال شُرَيح ، والشعبىّ والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وقد ذكر أصحابُنا فى غير هذا الموضع فيما إذا كان المبيعُ عينين ينقصُهما التفريق . أنه لا يجوز ردّ إحداهما دون الأخرى . لما فيه من الضرر ، وفيما لو اشترى مَعيبا ، فتعيّب عنده أنَّه لا يملك ردَّه إلاّ أن يردّ أرش العيب الحادث عنده ، فلا يجوز أن يردّه فى مسألتنا مَعيباً بعيب الشركة ، أو نقص القيمة بغير شىء ، إلا أن يكون الخِرَقىّ أراد ما إذا دلَّس البائعُ العيب . فإن ذلك عنده لا يُسقِط عن المشترى ضمان ما حدث عنده من العيب ، على ما ذكرنا فيما مضى . وإن كان المبيعُ عينين لا ينقصُهما التفريق ، فباع إحداهما ، ثم وجد بالأخرى عيباً أو علم أنهما كانتا معيبتين ، فهل له ردّ الباقيةِ فى ملكه ؟ يُخَرّج على الروايتين فى تفريق الصفقة . وقال القاضى : المسألة مبنيّة على تفريق الصفقة ، سواء كان المبيعُ عيناً واحدةً أو عينين . والتفصيل الذى ذكرنا أولى .

٢٩٩٠ (فصل) وإن اشترى عينين ، فوجد بإحداهما عيباً ، وكان ممَّا لا ينقُصُهما التفريق ، أو ممّا لا يجوز التفريق بينهما ، كالولد مع أمه ، فليس له إلا ردّهما جميعاً ، أو إمساكهما ، وأخذُ الأرش ، وإن لم يكونا كذلك ففيهما روايتان .

إحداهما : ليس له إلا ردّهما ، أو أخذ الأرش مع إمساكهما ، وهو ظاهر قول الشافعىّ ، وقولُ أبى حنيفة فيما قبل القبض ، لأن الرد ببعض الصَّفْقة من المشترى ، فلم يكن له ذلك ، كما لو كانا مما ينقُصه التفريق .

والثانية : له ردّ المعيب وإمساكُ الصحيح ، وهذا قول الحارث العُكْلِىّ ، والأوزاعىّ ، وإسحاق ، وهو قول أبى حنيفة فيما بعد القبض ، لأنه رد المعيب على وجهٍ لا ضرر فيه على البائع ، فجاز ، كما لو ورد الجميع ، وفارق ما ينقُص بالتفريق ، فإن فيه ضررا ، وإن تلف أحدُ المبيعين ، أو تعيّب ، أو وجد بالآخر ، أو بهما عيباً فأراد ردّه ، فالحكم فيه على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف ، وإن اختلفا فى قيمة التالف ، فالقولُ قول المشترى مع يمينه ، لأنه مُنكر لما يدعيه البائعُ من زيادة قيمته ، ولأنه بمنزلة الغارم ، لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدرُ ما يغْرَمُه ، فهو بمنزلة المستعير ، والغاصب ، فأما إن كان المبيعان باقِيَيْن

مَعيبين لم يُوجد فى أحدهما ما يمنع ردّه ، فأراد ردّ أحدهما دون الآخر . فقال القاضى : ليس له ذلك ، ولم يذكر فيه سوى المنع من ردّ أحدهما ، والقياس : أنَّها كالتى قبلها ، إذ لو كان إمساك أحدهما مانعاً من الردّ فيما إذا كانا مَعِيبَيْن لمنع منه إذا كان صحيحاً .

٢٩٩١ (فصل) إذا اشترى اثنان شيئاً ، فوجداه معيباً ، أو اشترطا الخيارَ فرضى أحدُهما ، ففيه روايتان عن أحمد ، حكاهما أبو بكر ، وابن أبى موسى .

إحداهما : لمن لم يرض الفسخ . وبه قال ابنُ أبى ليلى ، والشافعىّ وأبو يوسف ، ومحمد . وهو إحدى الروايتين عن مالك .

والأخرى : لا يجوز له ردُّه ، وهو قول أبى حنيفة ، وأبى ثور ، لأنّ المبيعَ خرج عن ملكه دفعةً واحدةً غَير مُتَشَقِّصٍ[1] ، فإذا ردّه مشتركاً ردّه ناقصاً ، أشبه ما لو تعيّب عنده ، ووجه الأولى : أنه ردّ جميع ماملكه بالعقد ، فجاز كما لو انفرد بشرائه ، والشركة إنَّما حصلت بإيجاب البائع ، لأنّه باع كلَّ واحد منهما نصفها ، فخرجت عن البائع مُشَقَّصَةً ، بخلاف العيب الحادث .

٢٩٩٢ (فصل) وإذا ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب ، فرضى أحدُهما سقط حقُّ الآخر من الردّ ، لأنه لو ردّ وحده تشقّصت السلعةُ على البائع ، فتضرّر بذلك ، وإنما أخرجها عن ملكه إلى واحد غير مُشَقَّصَةٍ ، فلا يجوز ردّ بعضها إليه مُشَقَّصاً ، بخلاف المسألة التى قبلها ، فإنّ عقد الواحد مع الاثنين عقدان فكأنه باع . كلّ واحد منهما نصفها منفرداً ، فرد عليه أحدهما جميع ماباعه إيّاه ، وههنا بخلافه .

٢٩٩٣ (فصل) ولو اشترى رجل من رجلين شيئاً ، فوجده معيباً فله ردّه عليهما . فإن كان أحدهما غائباً ردّ على الحاضر حصّته بقسطها من الثمن ، ويبقى نصيبُ الغائب فى يده حتىَ يقدَم . ولو كان أحدُهما باع العين كلَّها بوكالة الآخر ، فالحكمُ كذلك ، سواء كان الحاضر ، الوكيل ، أو الموكّل ، نصّ أحمد على قريب من هذا ، فإن أراد ردّ نصيب أحدهما ، وإمساك نصيب الآخر جاز ، لأنه يردّ على البائع جميعَ ماباعه ، ولا يحصُل بردّه تشقيصٌ ، لأنّ المبيع كان مُشَقَّصاً قبل البيع .

٢٩٩٤ (فصل) فإن اشترى حَلْى فِضّةٍ بوزنه دراهم ، فوجده معيباً ، فله ردُّه . وليس له أخذ الأرش لإفضائه إلى التفاضُل فيما يجب التماثلُ فيه . فإن حدث به عيب عند المشترى ، فعلى إحدى الروايتين : يردّه ، ويردّ أرش العيب الحادث ، ويأخذ ثمنه ، وقال القاضى : لا يجوز له ردّه لإفضائه إلى التفاضل . فلا يصحّ . لأن الردّ فسخ للعقد ، ورفعٌ له ، فلا تبقى المعاوضة . وإنما يدفع الأرش عوضاً عن العيب الحادث عنده بمنزلة ما لو جنى عليه فى ملك صاحبه من غير بيع ، وكما لو فسخ الحاكمُ عليه .

(١) أى غير متجزىء .

وعلى الرواية الأخرى : يَفسخ الحاكم البَيع ، ويردّ البائعُ الثمن ، ويُطالب بقيمة الحَلْي . لأنه لم يمكن إهمال العيب ، ولا أخـذ الأرش . ولأصحاب الشافعيّ وجهان كهاتين الروايتين . وإن تلف الحَليُ ، فإنّه يفسخ العقدُ ويردُّ قيمته ، ويسترجع الثمن. فإنّ تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ . وعنـدى : أن الحاكم إذا فسخ وجب ردُّ الحَلْيِ ، وأرشُ نقصه . كما قلنا فيما إذا فسخ المشترى على الرواية الأخرى ، وإنما يرجع إلى قيمته عند تعذّر ردِّه بتلف ، أوعجز . وليس فى ردّه ، وردِّ أرشه تفاضُل . لأن المعاوضة زالت بالفسخ، فلم يبق له مُقابل . وإنما هذا الأرش بمنزلة أرش الجناية عليه ، ولأن قيمته إذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى إلى التفاضُل. لأن قيمته عوض عنه . فلا يجوز ذلك إلاّ أن يأخذ قيمته من غير جنسه . ولو باع قفيزاً مما فيه الربا بمثله ، فوجد أحدُهما بما أخذه عَيْباً ينقُص قيمتَه ، دون كيله لم يملك أخـذ أرشه ، لئلا يُفضى إلى التفاضُل . والحـكمُ فيه على ماذكرناه فى الحَلْى بالدراهم .

٢٩٩٥ « مسألة » قال ﴿ وإن ظهر على عيب بعد إعتاقه لها أو موتها فى ملـكه فله الأرش ﴾

وجملته : أنه إذا زال ملك المشترى عن المبيع بعتق ، أو وقف ، أو موت ، أو قتل ، أو تعذّر الرّد لاستيلاد ، ونحوه قبل علمه بالعيب ، فله الأرشُ . وبهـذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ ، إلا أن أبا حنيفة قال فى المقتول خاصّةً : لا أرش له . لأنه زال ملـكُه بفعل مضمون . أشبه البيع .

ولنا : أنه عيب لم يرض به ، ولم يستدرك ظُلاَمَته فيه . فـكان له الأرشُ ، كما لو أعتقه . والبيعُ لنا فيه منع ، ومع تسليمه فانّه استدرك ظُلاَمته فيه . وأما الهبة فعن أحمد فيها روايتان .

إحداهما : أنها كالبيع . لأنه لم يَيْأس من إمكان الردّ ، لاحتمال رجوع الموهوب إليه .

والثانية : له الأرشُ . وهى أولى . ولم يذكر القاضى غيرَها . لأنّه ما استدرك ظلامته ،فأشبه مالو وقفه، وإمكان الردّ ليس بمانع من أخذ الأرش عندنا . بدليل ما قبل الهبة . وإن أكل الطعام ، أو لبس الثوب ، فأتلفه ، رجع بأرشه . وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يرجعُ بشيء . لأنه أهلك العين. فأشبه مالو قتل العبد .

ولنا : أنه ما استدرك ظُلاَمَته ، ولا رضى بالعيب ، فلم يسقُط حقّه من الأرش . كما لو تلف بفعل الله تعالى .

٢٩٩٦ (فصل) وإن فعل شيئاً مما ذكرناه بعد علمه بالعيب فمفهوم كلام الخِرَقىّ : أنه لا أرش له ، وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعىّ . وهو قياس قول القاضى. لقوله فيمن باع المعيب عالماً بعيبه : ليس له أرش. لأنه رضى به مَعيباً بتصرّفه فيه ، مع علمه بعيبه. وقياسُ المذهب : أن له الأرشَ . لأنّ له إمساك المبيع ، والمطالبة بأرشه ، وهذا يتنزّل منزلةَ إمساكه مع العلم بعيبه . ولأن البائع لم يوفّه ما أوجبه العقـدُ .

فكان له الرجوع بأرشه ، كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه . ولأن الأرش عوضُ الجزء الفائت بالعيب . فلم يسقُط بتصرّفه فيما سواه ، كما لو باعه عشرةَ أقفزةٍ فأقبضه تسعةً ، فتصرّف فيها .

٢٩٩٧ (فصل) فإن استغلّ المبيع ، أو عرضه على البيع، أو تصرّف فيه تصرّفاً دالاً على الرضا به قبل علمه بالعيب لم يسقُط خيارُه . لأن ذلك لا يدلّ على الرضا به مَعيباً . وإن فعله بعد علمه بعيبه بطل خيارُه في قول عامّة أهل العلم . قال ابن المنذر : وكان الحسنُ ، وشُرَيح ، وعبد الله بن الحسن ، وابن أبي ليلى ، والثوريّ ، وأصحابُ الرأي يقولون : إذا اشترى سلعةً ، فعرضها على البيع لزمته . وهذا قول الشافعيّ . ولا أعلم فيه خلافاً . فأما الأرشُ : فقال ابن أبي موسى : لا يستحقّه أيضاً . وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الأرش ، قال أحمد : أنا أقول : إذا استخدم العبد ، وأراد نُقصان العيب ، فله ذلك ، فأمّا إن احتلب اللبن الحادث بعد العقد ، لم يسقُط ردّه . لأن اللبن له ، فلك استيفاؤه من المبيع الذي يريد ردّه ، وكذلك إن ركب الدابّة لينظُر سيرها ، أو ليسقيَها ، أو ليردّها على بائعها . وإن استخدم الأمةَ ليختبرها ، أو لبس القميص ليعرف قدره لم يسقُط خياره . لأن ذلك ليس برضا بالمبيع ، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ، وإن استخدمها لغير ذلك استخداماً كثيراً بطل ردّه ، فإن كانت يسيرةً لا تختصّ الملك لم يبطُل الخيارُ ، قيل لأحمد : إن هؤلاء يقولون : إذا اشترى عبداً ، فوجده معيباً ، فاستخدمه بأن يقول : ناولني هذا الثوب ، يعني بطل خيارُه . فأنكر ذلك ، وقال : من قال هذا ؟ أو من أين أخذوا هذا ؟ ليس هذا برضاً حتّى يكون شيء يبين . وقد نُقل عنه في بُطلان الخيار بالاستخدام روايتان . وكذلك يخرج ههنا .

٢٩٩٨ (فصل) وإن أبق العبدُ ، ثم علم عيبه ، فله أخذُ أرشه . فإن أخذه ثمّ قدر على العبد ، فإن لم يكن معروفَ الإباق قبل البيع ، فقد تعيّب عند المشترى . فهل يملك ردّه وردّ أرش العيب الحادث عنده ، والأرش الذي أخذه ؟ على روايتين ، وإن كان آبقا فله ردّه ، وردّ ما أخذه من الأرش ، وأخذُ ثمنه ، وقال الثوريّ ، والشافعيّ : ليس للمشترى أخذ أرشه ، سواء قدر على ردّه ، أو عجز عنه ، إلا أن يهلك . لأنه لم ييأس من ردّه . فهو كما لو باعه .

ولنا : أنه معيب لم يرض به ، ولم يستدرك ظُلاَمته فيه . فكان له أرشُه ، كما لو أعتقه ، وفي البيع استدرك ظُلاَمته ، بخلاف مسألتنا .

٢٩٩٩ (فصل) وإذا اشترى عبداً ، فأعتقه ، ثم علم به عيباً ، فأخذ أرشه فهو له . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يجعله في الرقاب . وهو قول الشافعيّ . لأنه من جُملة الرقبة التي جعلها الله ، فلا يرجع إليه شيء من بدلها .

ولنا : أن العتق إنّما صادف الرقبة المعيبةَ ، والجزء الذى أخذ بدله ما تناوله عتق، ولا كان موجوداً، ولأن الأرش ليس بدلاً عن العبد ، إنّما هو جزء من الثمن جُعل مقابلاً للجزء الفائت ، فلمّا لم يحصُل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن . فكأنّه لم يصحّ العقد فيه ، ولهذا رجع بقدره من الثمن ، لا من قيمة العبد ، وكلام أحمد فى الرواية الأخرى يُحمل على استحباب ذلك ، لا على وجوبه ، قال القاضى : إنّما الروايتان فيما إذا أعتقه عن كفّارته . لأنه إذا أعتقه عن الكفّارة لا يجوز أن يرجع إليه بشىء من بدلها ، كالمكاتَب إذا أدّى من كتابته شيئاً .

ولنا : أنه أرش عبد أعتقه . فكان له كما لو تبرّع بعتقه .

٣٠٠٠ « مسألة » قال ﴿ فإن ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل الشراء أو بعده ، حلف المشترى ، وكان له الرد أو الأرش ﴾

وجملة ذلك : أن المتبايعَيْن إذا اختلفا فى العيب : هل كان فى المبيع قبل العقد ، أو حدث عند المشترى ؟ لم يَخلُ من قسمين .

أحدهما : أن لا يحتمل إلا قول أحدهما . كالإصبع الزائدة ، والشجّةِ المُنْدَمِلَةِ التى لا يمكن حدُوث مثلها ، والجرح الطرىّ الذى لا يُحتملُ كونُه قديماً . فالقول قول من يدّعى ذلك بغير يمين ، لأننا نعلم صدقه ، وكذب خصمه . فلا حاجة إلى استحلافه .

والثانى : أن يحتمل قولُ كلٍّ واحد منهما ، كالخَرْق فى الثوب ، والرفْو ، ونحوهما ، ففيه روايتان .

إحداهما : القول قول المشترى ، فيحلف بالله أنه اشتراه ، وبه هذا العيب ، أو أنّه ما حدث عنده . ويكون له الخيارُ . لأنّ الأصل عدم القبض فى الجزء الفائت ، واستحقاقُ ما يقابله من الثمن ، ولزوم العقد فى حقّه . فكان القولُ قولَ من ينفى ذلك ، كما لو اختلفا فى قبض المبيع .

والثانية . القولُ قولُ البائع مع يمينه . فيحلفُ على حسَب جوابه ، إن أجاب أننى بعتُه بريئاً من العيب حلف على ذلك ، وإن أجاب بأنه لا يستحق على ما يدّعيه من الردِّ ، حلف على ذلك ، ويمينُه على البتّ ، لا على نفى العلم ، لأن الأيمان كلّها على البتّ ، لا على نفى فعل الغير . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . لأنّ الأصل سلامةُ المبيع ، وصحّة العقد ، ولأن المشترىَ يدّعى عليه استحقاق فسخ البيع ، وهو ينكره ، والقولُ قولُ المنكر .

٣٠٠١ (فصل) وإذا باع الوكيلُ ، ثم ظهر المشترى على عيب كان به ، فله ردّه على الموكّل ، لأن المبيع يردّ بالعيب على من كان له ، فإن كان العيبُ مما يمكن حدوثه ، فأقرّ به الوكيلُ ، وأنكره الموكّل ، فقال أبو الخطاب : يُقبل إقراره على موكّله بالعيب ، لأنه أمرٌ يستحقّ به الردّ ، فيقبل إقرار الوكيل به

على موكّله ، كخيار الشرط . وقال أصحاب أبى حنيفة ، والشافعىّ : لا يُقبل إقرار الوكيل بذلك ، وهو أصحّ . لأنه إقرار على الغير ، فلم يُقبل كالأجنبى ، فإذا ردّه المشترى على الوكيل لم يملك الوكيل ردّه على الموكّل ، لأنه ردّه بإقراره ، وهو غيرُ مقبول على غيره ، ذكره القاضى ، فإن أنكره الوكيل ، فتوجّهت اليمينُ عليه ، فنَكَل عنها ، فردّ عليه بنكوله ، فهل له ردّه على الموكّل ؟ على وجهين :

أحدهما : ليس له ردّه ، لأن ذلك يجرى مجرى إقراره .

والثانى : له ردّه ، لأنه يرجع إليه بغير اختيار ، أشبه ما لو قامت به بيّنة .

٣٠٠٢ (فصل) ولو اشترى جاريةً على أنها بكر ، ثم قال المشترى : إنما هى ثيّب ، أُرِيَت النساء الثّقات ، ويُقبل قول امرأةٍ ثقةٍ ، فإن وطئها المشترى ، وقال : ما أصبتُها بكراً خرج فيه وجهان ، بناء على الروايتين فيما إذا اختلفا فى العيب الحادث .

٣٠٠٣ (فصل) وإن ردّ المشترى السلعةَ بعيب فيها ، فأنكر البائعُ كونها سلعته ، فالقول قولُ البائع مع يمينه . وبه قال أبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ونحوَه قال الأوزاعىّ . فإنّه قال فيمن صرف دراهم بدنانير ، ثم رجع بدرهم ، فقال الصيرفىّ : ليس هذا درهمى ، يحلفُ الصيرفىّ بالله ، لقد وفّيتُكَهُ ، ويَبْرأ . لأن البائع منكرٌ كون هذه سلعتَه ، ومُنكر لاستحقاق الفسخ ، والقولُ قول المنكر . فأمّا إن جاء ليردّ السلعة بخيار ، فأنكر البائعُ أنّها سلعته . فحكى ابن المنذر عن أحمد : أن القول قولُ المشترى . وهو قول الثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد ، والردّ بالعيب بخلافه .

٣٠٠٤ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى شيئاً مأكولُه فى جوفه ، فكسره ، فوجده فاسداً . فإن لم يكن لمكسوره قيمة ، كبيض الدجاج ، رجع بالثمن على البائع . وإن كان لمكسوره قيمة ، كجوز الهند ، فهو مخيَّر فى الردّ ، وأخذ الثمن . وعليه أرش الكسر ، أو يأخذ ما بين صحيحه ومَعِيبه ﴾ .

وجُملة ذلك : أنه إذا اشترى ما لا يطّلع على عيبه إلا بكسره ، كالبطّيخ ، والرمّان ، والجوز ، والبيض ، وكسره فبان عيبُه . ففيه روايتان :

إحداهما : لا يرجع على البائع بشىء ، وهو مذهب مالك ، لأنه ليس من البائع تدليس ، ولا تفريط ، لعدم معرفته بعيبه : وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره ، فجرى مجرى البراءة من العيوب .

والثانية : يرجع عليه ، وهى ظاهر المذهب ، وقول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، لأن عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطّلع عليه المشترى . فإذا بان مَعيباً ثبت له الخيار . ولأن البائع إنما يستحقّ ثمن المعيب

دون الصحيح ، لأنه لم يملكه صحيحاً ، فلا معنى لإيجاب الثمن كلِّه ، وكونُه لم يفرّط لا يقتضى أن يجب له ثمن ما لم يُسَلِّمه ، بدليل العيب الذى لم يعلمه فى العبد .

إذا ثبت هذا فإن المبيع إن كان مما لا قيمة له مكسوراً ، كبيض الدجاج الفاسد ، والرمّان الأسود ، والجوز الخرِب ، والبِطّيخ التالف ، رجع بالثمن كلِّه ، لأن هذا تبيّن به فساد العقد من أصله ، لكونه وقع على ما لا نفع فيه . ولا يصحّ بيعُ ما لا نفع فيه كالحشرات ، والمَيْتاتِ ، وليس عليه أن يردَّ المبيع إلى البائع ، لأنهُ لا فائدة فيه .

الثانى : أن يكون مما لمعيبه قيمةٌ كجوز الهند وبيض النعام ، والبطيخ الذى فيه نفع ، ونحوه ، فإذا كسره نظرتَ . فإن كان كسراً لا يمكنُ استعمال المبيع بدونه ، فالمشترى مخيّر بين ردّه وردّ أرش الكسر ، وأخذ الثمن ، وبين أخذ أرش عيبه ، وهو قسطُ ما بين صحيحه ، ومَعيبه . وهذا ظاهر كلام الخِرَقىّ . وقال القاضى : عندى لا أرش عليه لكسره . لأن ذلك حصل بطريق استعلام العيب ، والبائعُ سلّطه عليه ، حيث علم أنه لا تُعلَم له صحّته من فساده بغير ذلك . وهذا قول الشافعىّ . ووجه قول الخِرَقىّ : أنه نقص لم يمنع الردّ ، فلزم ردّ أرشه ؛ كلبن المُصَرّاة إذا حلبها ، والبكر إذا وطئها . وبهذين الأصلين يبطلُ ماذكره . فإنه لاستعلام العيب . والبائعُ سلّطه عليه . بل ههنا أولى . لأنه تدليس من البائع ، والتصريةُ حصلت بتدليسه . وإن كان كسراً يمكنُ استعمال المبيع بدونه إلاّ أنه لا يُتلف المبيع بالكلّيّة . فالحكم فيه كالذى قبله فى قول الخِرَقىّ ؛ وهو قول القاضى أيضاً ، والمشترى مخيّر بين ردّه وأرش الكسر : وأخذ الثمن ، وبين أخذ أرش العيب ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد . والرواية الثانية : ليس له ردّه ، وله أرش العيب ، وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدّم ، وإن كسره كسراً لا يبقى له قيمةٌ ؛ فله أرش العيب لا غيرُ ، لأنّه أتلفه ، وقدر أرش العيب : قسطُ ما بين الصحيح ، والعيب من الثمن ، فيُقوّم المبيعُ صحيحاً ، ثم يُقوّم معيباً غيرَ مكسور ، فيكون للمشترى قدرُ ما بينهما من الثمن على ما مضى شرحه .

٣٠٠٥ (فصل) ولو اشترى ثوباً ، فنشره ، فوجده مَعيباً . فإن كان مما لا ينقصُه النشر ردّه . وإن كان ينقصُه النشر كالهسنجانى الذى يطوى طاقين مُلتصقين ، جرى ذلك مجرى جوز الهند ، على التفصيل المذكور فيما إذا لم يزد على ما يحصُل به استعلام المبيع ، أو زاد . كنشر من لا يعرفُ . وإن أحبّ أخذ أرشه فله ذلك بكلّ حال .

٣٠٠٦ (فصل) إذا اشترى ثوباً فصبغه ، ثم ظهر على عيب ، فله أرشُه لا غيرُ . وبهذا قال أبو حنيفة . وعن أحمد : أن له ردّه ، وأخذ زيادته بالصبغ . لأنها زيادةٌ ، فلا تمنع الردّ ، كالسِّمَن ،

والـكَسْبِ . والأول أولى . لأن هذا معاوضةٌ ، فلا يُجْبَرَ البائعُ على قبولها ، كسائر المعاوضات . وفارق السِّمَنَ والـكَسْبَ . فإنه لا يأخذُ عن السِّمَنِ عوضاً ، والـكَسْبُ للمشترى ، لا يردّه ، ولا يُعاوَض عنه .
وإن قال البائع : أنا آخذهُ وأعطى قيمة الصبغ لم يلزم المشترى ذلك . وقال الشافعىّ : ليس للمشترى إلا ردّه . لأنه أمكنه ردّه ، فلم يملك أخذ الأرش ، كما لو سَمِن عبده ، أو كسب .

ولنا : أنه لا يمكنه ردّه إلا بردّ شىء من ماله معه . فلم يسقط حقّه من الأرش بامتناعه من ردّه ، كما لو تعيّب عنده ، وطلب البائع أخذه مع أرش العيب الحادث . والأصل لانسلّمه . فإنه يستحق أخذ الأرش ، إذ أراده بكلّ حال .

٣٠٠٧ (فصل) يصح بيع العبد الجانى ، سواء كانت الجناية عمداً ، أو خطأ على النفس وما دونها ، موجبة للقصاص ، أو غير موجبة له . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ فى أحد قوليه . وقال فى الآخر : لا يصحّ بيعُه . لأنه تعلّق برقبته حقّ آدمىّ ، فمنع صحة بيعه كالرهن ، بل حقّ الجناية آكدُ . لأنها تقدّم على حقّ المرتهن .

ولنا : أنه حقّ غير مستقرّ فى الجانى ، يملك أداءه من غيره ، فلم يمنع البيعَ ، كالزكاة ، أو حقّ يثبُت بغير رضا سيّده ، فلم يمنع بيعه ، كالدَّيْن فى ذمته ، أو تصرّف فى الجانى ، فجاز ، كالعتق . وإن كان الحقّ قصاصاً فهو تُرجى سلامته ، ويُخشى تلَفهُ . فأشبه المريض . أما الرهن فإنّ الحقّ متعيّن فيه ، لا يملك سيّده إبداله ، ثبت الحقّ فيه برضاه ، وثيقةً للدين . فلو أبطله بالبيع سقط حقّ الوثيقة الذى التزمه برضاه ، واختياره .

إذا ثبت هذا ، فمتى باعه ، وكانت الجناية موجبة للمال ، أو القوَد ، فعُفى عنه إلى مال ، فعلى السيّد فداؤه بأقلّ الأمرين ، من قيمته ، أو أرش جنايته ، ويزول الحقُّ عن رقبة العبد ببيعه . لأن للسيّد الخِيرَة بين تسليمه ، وفدائه . فإن باعه تعيّن عليه فداؤه ، لإخراج العبد من مِلكه . ولا خيار للمشترى ، لعدم الضرر عليه ، إذ الرجوع على غيره . هذا إذا كان السيد مُوسراً . وقال بعض أصحاب الشافعىّ : لا يلزم السيد فداؤه . لأنّ أكثر ما فيه أنه التزم فداءه ، فلا يلزمه ذلك ، كما لو قال الراهن : أنا أقضى الدين من الرهن .
ولنا : أنه زال ملكه عن الجانى ، فلزمه فداؤه . كما لو قتله ، بخلاف الرهن . وبهذا قال أبو حنيفة ، وإن كان البائع مُعسراً لم يسقُط حقّ المجنىّ عليه من رقبة الجانى . لأن البائع إنما يملك نقل حقّه عن رقبته بفدائه ، أو ما يقوم مقامه ، ولا يحصل ذلك فى ذمّة المُعسر ، فيبقى الحقّ فى رقبته بحاله ، مقدّما على حقّ المشترى ، وللمشترى خيارُ الفسخ إن كان غير عالم ببقاء الحقّ فى رقبته ، فإن فسخ رجع بالثمن ، وإن لم يفسخ وكانت الجناية مستوعِبةً لرقبة العبد فأُخِذَ بها ، رجع المشترى بالثمن أيضاً ، لأنّ أرش مثل هذا جميعُ ثمنه ، وإن كانت غير مستوعِبة لرقبته . رجع بقدر أرشه وإن كان عالماً بعيبه راضياً بتعلّق الحقّ

به لم يرجع بشيء ، لأنه اشترى مَعيباً عالماً بعيبه . فإن اختار المشترى فداءه فله ذلك ، والبيعُ بحاله . لأنه يقومُ مقام البائع فى الخِيرَة بين تسليمه ، وفدائه . وحكمه فى الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه . فإن كانت الجناية موجِبَة للقصاص فللمشترى الخيارُ بين الردّ ، وأخذ الأرش . فإن اقتصّ منه تعيّن الأرش ، وهو قسط قيمة ما بينه جانياً ، وغيرَ جانٍ ، ولا يبطل البيعُ من أصله . وبهذا قال أصحاب الشافعىّ : يرجع بجميع الثمن ، لأن تلفه كان بمعنىً استحقّ عند البائع ، فجرى مجرى إتلافه إيّاه .

ولنا : أنه تلف عند المشترى بالعيب الذى كان فيه ، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن ، كما لو كان مريضاً ، فمات بدائه ، أو مُرتدّاً فقتل بردّته ، وما ذكروه منتقض بما ذكرناه ، ولا يصحّ قياسهم على إتلافه ، لأنه لم يتلفه ، فما اشتركا فى المقتضى ، ولو كانت الجناية موجِبةً لقطع يده ، فقُطعت عند المشترى ، فقد تعيّب فى يده ، لأنّ استحقاق القطع دون حقيقته ، فهل يمنع ذلك ردّه بعيبه ؟ على روايتين ، ومتى اشتراه عالما بعيبه لم يمكن له ردّه ، ولا أرش كسائر المعيبات ، وهذا قول الشافعىّ .

٣٠٠٨ (فصل) وحكم المرتدّ حكم القاتل فى صحّة بيعه ، وسائر أحكامه المذكورة فيه فإنّ قتله غيرُ متحتّمٌ لاحتمال رجوعه إلى الإسلام . وكذلك القاتل فى المحاربة ، إذا تاب قبل القدرة عليه . فإن لم يتُب حتى قُدر عليه ، فقال أبو الخطّاب هو كالقاتل فى غير محاربة ، لأنّه عبد قِنٌّ يصحّ إعتاقه ، ويملك استخدامه ، فصحّ بيعُه ، كغير القاتل ، ولأنه يمكنه الانتفاعُ به ، إلى حال قتله ، ويُعتقه فينجرّ به ولاء أولاده . فجاز بيعُه كالمريض المأيوس من بُرئه ، وقال القاضى : لا يصحّ بيعُه ، لأنه تحتّم قتلهُ ، وإتلافه ، وإذهابُ ماليّته ، وحرم ابقاؤه ، فصار بمنزلة مالا نفع فيه من الحشرات ، والميْتات ، وهذه المنفعة اليسيرةُ مُفْضيةٌ به إلى قتله ، لا يتمهّد بها محلاً للبيع ، كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسدّ بثق ، أو إطعام كلْب ، والأول أصحّ ، فإنه كان محلاً للبيع ، والأصلُ بقاء ذلك فيه ، وانحتام إتلافه لا يجعلُه تالفاً ، بدليل أن أحكام الحياة من التكليف ، وغيره لا تسقط عنه ، ولا تثبتُ أحكام الموتى له من إرثِ ماله ، ونفوذ وصيّته ، وغيرها ، ولأن خروجه عن حكم الأصل لا يثبُت إلاّ بدليل ، ولا نصَّ فى هذا ، ولا إجماع ، ولا يصحّ قياسه على الحشرات ، والميْتات ، لأن تلك لم تكن فيها منفعةٌ فيما مضى ، ولا فى الحال ، وعلى أن هذا التحتّم يمكن زوالُه لزوال ماثبت به من الرجوع عن الإقرار ، وإن كان ثبت به ، أو رجوع البيّنة ، ولو لم يمكن زوالُه فأكثر مافيه تحقّق تلفه ، وذلك يجعله كالمريض المأيوس من بُرئه ، وبيعه جائز .

٣٠٠٩ « مسألة » قال ﴿ ومن باع عبداً وله مال فماله للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع إذا كان قصده للعبد لا للمال ﴾ .

وجملة ذلك : أن السيد إذا باع عبده ، أو جاريته ، وله مال مَلَّـكه إيّاه مولاه ، أو خصَّه به . فهو للبائع . لمـا روَى ابنُ عمر أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ بَاع عَبْداً وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلبَائِعِ ، إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاعُ » رواه مسلم ، وأبو داود ، وابن ماجه . ولأن العبد ومالَه للبائع . فإذا باع العبد اختصَّ البيعُ به ، دون غيره ، كما لو كان له عبدان ، فباع أحدهما . وإن اشترطه المُبتاع كان له ، للخبر . ورَوى ذلك نافع ، عن ابن عمر ، عن عمر بن الخطاب ، رضى الله عنه . وقضى به شُرَيح . وبه قال عطاء ، وطاوس ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحق ، قال الخِرَقىّ : إذا كان قصدُه للعبد ، لا للمال . هذا منصوص أحمد ، وهو قول الشافعىّ ، وأبى ثور ، وعثمان البَتّىّ . ومعناه : أنه لا يقصد بالبيع شراء مالِ العبد ، إنّما يقصدُ بقاءَالمالِ لعَبْدِه ، وإقراره فى يده ، فمتى كان كذلك صحّ اشتراطُه ، ودخل فى البيع به ، وسواء كان المالُ معلوماً ، أو مجهولاً ، من جنس الثمن ، أو من غيره ، عيناً كان أو دَيْنـاً ، وسواء كان مثلَ الثمن ، أو أقل ، أو أكثر . قال البَتّىُّ : إذا باع عبداً بألف درهم ، ومعه ألفُ درهم ، فالبيعُ جائز ، إذا كانت رغبةُ المبتاع فى العبد ، لا فى الدراهم . وذلك لأنه دخل فى البيع تبعاً غيرَ مقصود . فأشبه أساسات الحيطان ، والتَّمويهَ بالذهب فى السقُوف . فأماً إن كان المال مقصودا بالشراء ، جاز اشتراطُه إذا وُجدت فيه شرائطُ البيع ، من العلم به ، وأن لا يـكون بينه وبين الثمن رِباً ، كما يُعتبر ذلك فى العينين المبيعَتين . لأنه مبيع مقصود . فأشبه ما لو ضمّ إلى العبد عيناً أخرى ، وباعهما . وقال القاضى : هذا ينبنى على كون العبد يملك،أو لا يملك . فإن قلنا : لا يملك ، فاشترط المشترى مالَه صار مبيعاً معه،فاشتُرط فيه ما يُشترط فىسائر المبيعات.وهذا مذهب أبى حنيفة . وإن قلنا : يملك ، احتُملت . فيه الجهالة ، وغيرُها مما ذكرنامن قبلُ.لأنه تبعٌ فى البيع ، لا أصلٌ . فأشبه طىّ الآبار . وهذا خلاف نصِّ أحمد،وقولِ الخِرَقىّ . لأنهما جعلا الشرط الذى يختلف الحـكم به قصدَ المشترى دونَ غيره . وهو أصحُّ إن شاء الله تعالى . واحتمال الجهالة فيه لـكونه غير مقصود ، كما ذكرنا ، كاللبن فى ضَرْع الشاةِ المبيعة ، والحمل فى بطنها ، والصوف على ظهرها ، وأشباه ذلك . فإنّه مبيعٌ ، ويحتمل فيه الجهالة ، وغيرها ، لمـا ذكرنا . وقد قيل : إن المال ليس بمبيع ههنا . وإنما استبقاه المشترى على ملك العبد ، لا يزول عنه إلى البائع . وهو قريبٌ من الأول .

٣٠١٠ (فصل) وإذا اشترى عبداً واشترط ماله ، ثمّ ردّ العبد بعيب ، أو خيار ، أو إقالةٍ ردَّ مالَه معه وقال داود : يردُّ العبد دون ماله . لأن مالَه لم يدخُل فى البيع ، فأشبه النماء الحادث عنده .

ولنا : أنه عينُ مال أخذها المشترى ، لا تحصُل بدون البيع ، فيردُّها بالفسخ كالعبد . ولأنَّ العبـد إذا كان ذا مالٍ كانت قيمتُه أكثرَ ، فأخذُ ماله ينقصُ قيمته فلم يملك ردّه ، حتى يدفع ما يُزيل نَقْصَه .

فإن تلف ماله ، ثم أراد ردّه ، فهو بمنزلة العيب الحادث عند المشترى ، هل يمنع الردّ ؟ على روايتين ، فإن قلنا : يردّه ، فعليه قيمةُ ما أتلف ، قال أحمد : فى رجل اشترى أمةً معها قِنَاعٌ ، فاشترطه ، وظهر على عيب ، وقد تلف القناع : غَرِمَ قيمتَه بحصّته من الثمن .

٣٠١١ (فصل) وما كان على العبد ، أو الجارية من الحَلْي ، فهو بمنزلة ماله ، على ما ذكرنا . فأما الثيابُ ، فقال أحمد : ما كان يلبَسُه عند البائع فهو للمشترى . وإن كانت ثياباً يلبَسُها فوق ثيابه ، أو شيئاً يزيِّنه به ، فهو للبائع ، إلاّ أن يشترطه المُبتاعُ . يعنى أن الثيابَ التى يلبَسها عادةً للخدمة ، والبِذْلةِ تدخُل فى البيع ، دون الثياب التى يتجمّل بها . لأن ثياب البِذْلةِ جرت العادةُ ببيعها معه . ولأنها تتعلّق بها مصلحتهُ ، وحاجته ، إذ لا غَناء له عنها ، فجرت مجرى مفاتيح الدار ، بخلاف ثياب الجَمال ، فإنها زيادةٌ على العادة ، ولا تتعلّق بها حاجةُ العبد . وإنما يُلْبِسُها إيّاه ليُنفقه بها . وهذه حاجة السيّد ، لا حاجة العبد ، ولم تجر العادةُ بالمساحة فيها ، فجرت مجرى السُّتور فى الدار ، والدابّة التى يُرْكِبُه عليها ، مع دخولها فى الخبر ، وبقائها على الأصل. وقال ابن عمر « مَنْ بَاعَ وَلِيدَةً زَيَّنَهَا بِثِيابٍ فَلِلَّذِى اشْتَرَاهَا مَا عَلَيْهَا ، إلاّ أنْ يَشْتَرِطَهُ الَّذِى بَاعَهَا » وبه قال الحسن ، والنخعىُّ .

ولنا : الخبر الذى رواه ابن عمر ، ولأن الثياب لم يتناولها لفظ البيع ، ولا جرت العادةُ ببيعها معه ، أشبه سائر مال البائع . ولأنه زينةٌ للمَبيع . فأشبه ما لو زَيَّن الدار ببِساطٍ ، أو سِتْرٍ .

٣٠١٢ (فصل) ولا يملك العبد شيئاً إذا لم يُمَلِّكه سيّده فى قول عامّة أهل العلم . وقال أهل الظاهر : يملكُ ، لدخوله فى عموم قوله تعالى (٢ : ٢٩ خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً) وقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ » فأضاف المال إليه بلام التمليك .

ولنا : قوله تعالى (١٦ : ٧٥ ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لاَ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) ولأن سيِّده يملك عينه ، ومنافعه . فما حصل بذلك يجب أن يكون لسيِّده ، كبهيمته . فأمّا إن مَلّكه سيّده شيئاً ، ففيه روايتان .

إحداهما : لا يملكه . وهو ظاهر قول الخِرَقىِّ . فإنهُ قال : والسيّد يُزَكّى عما فى يد عبده ، لأنه مالكُه ، وقال : والعبدُ لا يرث ، ولا مال له فيورَثُ عنه . وهو اختيار أبى بكر ، وقول أبى حنيفة ، والثورىّ ، وإسحاق ، والشافعىّ فى الجديد . لأنه مملوك ، فلم يملك ، كالبهيمة .

والثانية : يملك . وهى أصح عندى . وهو قول مالك ، والشافعى فى القديم للآية والخبر . ولأنه آدمىّ حىّ ، فملك كالحرّ . ولأنه يملك فى النكاح ، فملك فى المال ، كالحرّ . ولأنه يصحّ الإقرارُ له . فأشبه الحرّ . وما ذكروه تعليل بالمانع . ولا يثبُت اعتباره إلاّ أن يوجد المقتضى فى الأصل . ولم يوجد

فى البهيمة ما يقتضى ثبوت الملك لها . وإنما انتفى ملكها لعدم المقتضى له ، لا لكونها مملوكةً ، وكونها مملوكةً عديمُ الأثر . فإن سائر البهائم التى ليست مملوكةً من الصُّيُودِ ، والوحُوش لا تملك ، وكذلك الجاداتُ . وإذا بطل كونُ ما ذكروه مانعاً ، وقد تحقّق المقتضى ، لزم ثبوتُ حكمه . والله أعلم .

٣٠١٣ « مسألة » قال ﴿ ومن باع سلعة بنَسيئة لم يجُز أن يشتريها بأقلّ مما باعها به ﴾

وجملة ذلك : أن من باع سلعةً بثمن مُؤجّل ، ثم اشتراها بأقلّ منه نقداً ، لم يجُز فى قول أكثر أهل العلم . رُوى ذلك عن ابن عباس ، وعائشةَ ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبى ، والنخَعِىّ . وبه قال أبو الزِّناد ، وربيعةُ ، وعبد العزيز بن أبى سَلَمَة ، والثورى ، والأوزاعى ، ومالك ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى. وأجازه الشافعى . لأنه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها ، فجاز من بائعها ، كما لو باعها بمثل ثمنها .

ولنا : ما روى غُنْدَرُ ، عن شُعْبَة ، عن أبى إسحاق السّبيعى ، عن امرأته العالية بنت أيفَعَ ابن شُرَحْبيل : أنّها قالت « دَخَلْتُ أَنَا وأُمُّ وَلَدِ زَيْدِ بنِ أَرْقَمَ ، وامْرأتُه عَلَى عَائِشَةَ رَضِىَ اللهُ عَنْهَا ، فَقَالتْ أُمُّ وَلَدِ زَيْدِ بنِ أَرْقَمَ : إنِّى بِعتُ غُلاَماً مِنْ زَيْدِ بنِ أَرْقَمَ بِثَمانمائةِ دِرْهمٍ إلى العَطاء . ثُمَّ اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ بستِّمائةِ دِرْهمٍ . فقالت لها : بِئْسَ مَا شَرَيْتِ ، وبِئْسَ مَا اشْتَرَيْتِ . أَبْلِغِى زَيْدَ بنَ أَرْقَمَ أَنَّهُ قَدْ أَبْطَلَ جِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّم ، إلاَّ أَنْ يَتُوبَ » رواه الإمام أحمد ، وسعيدُ ابن منصور . والظاهر : أنها لا تقول مثل هذا التغليظ ، وتُقْدم عليه إلا بتوقيف سمعتْهُ من رسول الله صلى الله عليه وسلم . فجرى مجرى روايتها ذلك عنه . ولأنّ ذلك ذريعةٌ إلى الربا ، فإنه يُدْخِلُ السلعةَ ليستبيح بيعَ ألف بخمسمائة ، إلى أجلٍ معلوم . وكذلك رُوى عن ابن عباس فى مثل هذه المسألة : أنّه قال « أَرَى مِائةً بخمسِينَ بَيْنَهُمَا حَرِيرَةٌ » يعنى خِرْقَةَ حَرِيرٍ جعلاها فى بَيْعِهِمَا . والذَّرائعُ مُعتبرةٌ لما قدّمناه . فأما بيعُها بمثل الثمن ، أو أكثر فيجوزُ . لأنّه لا يكون ذريعةً . وهذا إذا كانت السلعةُ لم تنقُص عن حالة البيع . فإن نقصت مثلُ أن هُزِلَ العبدُ ، أو نَسِى صناعةً ، أو تخرّق الثوبُ ، أو بَلِى ، جاز له شراؤها بما شاء . لأن نقص الثمن لنقص المبيع ، لا للتوسُّل إلى الربا . وإن نقص سعرُها ، أو زاد ، لذلك أو لمعنًى حدث فيها ، لم يجُز بيعُها بأقلّ من ثمنها ، كما لو كانت بحالها . نصّ أحمدُ على هذا كلّه .

٣٠١٤ (فصل) وإن اشتراها بعرض ، أو كان بيعُها الأول بعَرْضٍ فاشتراها بنقْدٍ ، جاز . وبه قال أبو حنيفةَ . ولا نعلم فيه خلافاً . لأن التحريم إنما كان لشُبْهةِ الرِّبا . ولا ربا بين الأثمان ، والعُروض . فأمّا إن باعها بنقد ، ثم اشتراها بنقدٍ آخرَ ، مثلُ أن يبيعها بمائتى درهم ، ثم اشتراها بعَشَرةِ دنانيرَ ، فقال أصحابُنا : يجوزُ . لأنّهما جنسان ، لا يحرُم التفاضلُ بينهما . فجاز ، كما لو اشتراها بعَرْضٍ ، أو بمثل الثمن .

وقال أبو حنيفة : لا يجوزُ استحساناً . لأنّهما كالشيء الواحد فى معنى الثَّمَنِيَّةِ . ولأنّ ذلك يتّخذ وسيلةً إلى الربا . فأشبه ما لو باعها بجنس الثمن الأول . وهذا أصحّ . إن شاء الله تعالى .

٣٠١٥ (فصل) وهذه المسألة تُسمّى مسألةَ العِينَةِ . قال الشاعر :

أَنَدَّانُ أَمْ نَعْتَانُ أَمْ يَنْبَرِى لَنَا فَتًى مِثْلُ نَصْلِ السَّيْفِ مِيزَتْ مَضَارِبُهُ ؟[1]

فقوله « نعتان » أى نشترى عِينَةً مثل ما وصفنا. وقد رَوى أبو داود بإسناده عن ابن عمر ، قال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إِذَا تَبَايَعْتُمْ بالعِينَة ، وَأخذتُمْ بأذنابَ البَقَرِ[2] ، وَرَضِيتُمْ بالزَّرْعِ ، وَتَرَكْتُمُ الجِهَادَ سَلَّطَ اللهُ عَلَيْكُمْ ذُلاً لاَ يَنْزِعُهُ حَتّى تَرْجِعُوا إلى دِينِكُمْ » وهذا وعيد يدلُّ على التحريم . وقد رُوى عن أحمد أنه قال : العِينَةُ أن يكون عند الرجل المتاعُ فلا يبيعُه إلا بنَسِيئةٍ . فإن باعه بنقد ونَسِيئةٍ ، فلا بأس . وقال : أكرهُ للرجلِ أن لا يكون له تجارةٌ غيرُ العِينَةِ ، لاَ يَبِيعُ بنَقْدٍ . وقال ابن عقيل : إنما كره النسيئةَ لمضارعتها الرّبا . فإن الغالب أن البائع بنسيئةٍ يقصد الزيادة بالأجل ؛ ويجوزُ أن تكون العِينَةُ اسماً لهذه المسألة ، وللبَيْع بنَسِيئةٍ جميعاً . لكن البيع بنسيئة ليس بمحرّم اتفاقاً . ولا يُكره إلا أن لا يكون[3] له تجارةٌ غيرُه .

٣٠١٦ (فصل) وإن باع سلعةً بنقد ، ثم اشتراها بأكثر منه نَسيئةً ، فقال أحمد فى رواية حرب لا يجوزُ ذلك ، إلا أن يغيِّر السلعةَ . لأن ذلك يتّخذُه وسيلةً إلى الربا ، فأشبه مسألة العِينَةِ . فإن اشتراها بنقدٍ آخرَ ، أو بسلعةٍ أخرى ، أو بأقلّ من ثمنها نسيئةً ، جاز . لما ذكرناه فى مسألة العِينَةِ . ويحتملُ أن يجوز له شراؤها بجنسِ الثمن ، بأكثرَ منه ، إلا أن يكون ذلك عن مُواطأةٍ ، أو حِيلَةٍ فلا يجوزُ . وإن

---

(١) ندان : نستدين ونقترض ، وأصلها ندتين على وزن تفتعل من الدين فقلبت الياء ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها فصارت ندتان ، ثم أدغمت التاء فى الدال بعد قلبها دالا فصارت ندان ونعتان ، أصلها نعتين على وزن نفتعل أيضاً من العينة ، فقلبت الياء ألفاً كما سبق فى ندان ، وبيع العينة هو بيع الشىء بثمن بخس، ثم شراؤه بثمن مرتفع احتيالا على الربا وهو حرام كما سبق .

(٢) أخذتم بأذناب البقر : أذناب البقر ، السياط التى يضرب بها الحكام الشعب ، وقد ورد فى الحديث أنه يأتى فى آخر الزمان ناس معهم مثل أذناب البقر يضربون بها الناس ، أى إذا جار الحكام ، وظلموا الشعوب وضربوهم بالسياط ، ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد ، أى رضيتم بالدنيا من الآخرة ، وفضلتم الكسل والقعود عن الحرب .

(٣) لفظ (لا) ساقط من جميع النسخ المطبوعة ، ولم ينبه عليه فى الخطأ والصواب فى جميعها ، ولابد منه ، لأن البيع بالنسيئة لا يكره إلا إذا اختص البائع بهذا النوع من البيع.

وقع ذلك اتفاقاً من غير قصد ، جاز . لأن الأصل حِلّ البيع ، وإنما حرُم فى مسألة العِينَة بالأثر الوارد فيه . وليس هذا فى معناه . ولأن التوسّل بذلك أكثرُ . فلا يلتحق به ما دونه . والله أعلم .

٣٠١٧ (فصل) وفى كل موضع قلنا : لا يجوز له أن يشترى ، لا يجوز ذلك لوكيله ، لأنه قائم مقامه . ويجوز لغيره من الناس ، سواء كان أباه ، أو ابنه ، أو غيرهما . لأنه غيرُ البائع ، ويشترى لنفسه . فأشبه الأجنبيّ .

٣٠١٨ (فصل) ومن باع طعاماً إلى أجل ، فلمّا حلَّ الأجلُ أخذ منه بالثمن الذى فى ذمّته طعاماً قبل قبضه ؛ لم يجُز . رُوى ذلك عن ابن عمر ، وسعيد بن المسيّب ، وطاوس ، وبه قال مالك ، وإسحاق ، وأجازه جابر بن زيد ، وسعيدُ بنُ جُبير ، وعليُّ بن حسين ، والشافعىّ ، وابن المنذر ، وأصحابُ الرأى ، قال علىّ بنُ حسين : إذا لم يكن لك فى ذلك رأى . ورُوى عن محمد بن عبد الله بن أبى مريم :أنه قال « بِعْتُ تَمْراً مِنَ التّمّارِينَ كُلَّ سَبْعَةِ آصُعٍ بِدِرْهَمٍ ، ثُمَّ وَجَدْتُ عِنْدَ رَجُلٍ مِنْهُمْ تَمْراً يَبِيعُهُ أَرْبَعَةَ آصُعٍ بِدِرْهَمٍ ، فَاشْتَرَيْتُ مِنْهُ ، فَسَأَلْتُ عِكْرِمَةَ عَنْ ذَلِكَ ؟ فَقَالَ : لَا بَأْسَ ، أَخَذْتَ أَنْقَصَ مِمَّا بِعْتَ ثم سَأَلْتُ سَعِيدَ بنَ المُسَيَّبِ عَنْ ذَلِكَ وَأَخْبَرْتُهُ بِقَوْلِ عِكْرِمَةَ . فَقَالَ : كَذَبَ » قال عبد الله بن عبّاس « مَا بِعْتَ مِنْ شَىْءٍ مِمّا يُكَالُ بِمِكْيالٍ ، فَلَا تَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئاً مِمّا يُكَالُ بِمِكْيَالٍ إلّا وَرِقاً أَوْ ذَهَباً . فَإِذَا أَخَذْتَ وَرِقَكَ فَابْتَعْ مِمَّنْ شِئْتَ ، مِنْهُ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ . فَرَجَعْتُ فَإِذَا عِكْرِمَةُ قَدْ طَلَبنِى ، فَقَالَ : الّذِى قُلْتُ لَكَ هُوَ حَلَالٌ : هُوَ حَرَامٌ ، فَقُلْتُ لسَعِيدِ بنِ المُسَيَّبِ : إنْ فَضَلَ لِى عِنْدَهُ فَضْلٌ ؟ قال : فَأَعْطِهِ أَنْتَ الكَسْرَ ، وَخُذْ مِنْهُ الدِّرْهَمَ » ووجه ذلك : أنه ذريعةٌ إلى بيع الطعام بالطعام نَسيئةً ، فحرُم ، كمسألة العِينَة ، فعلى هذا كلّ شيئين حَرُمَ النَّسَاءُ فِيهِمَا لَا يَجُوزُ أن يأخذ أحدَهما عِوَضاً عن الآخر قبلَ قبض ثمنه ، إذا كان البيعُ نَساءً . نصّ أحمد على ما يدلّ على هذا . وكذلك قال سعيدُ بن المسيّب فيما حكينا عنه . والذى يَقْوَى عندى جوازُ ذلك إذا لم يفعله حيلةً ، ولا قصدَ ذلك فى ابتداء العقد ، كما قال على بنُ الحسَين فيما يُروى عنه عبدُ الله بن زيد ، قال « قَدِمْتُ عَلَى عَلِىِّ بنِ الحُسَيْنِ ، فَقُلْتُ لَهُ : إنِّى أَجُدُّ نَخْلِى وَأَبِيعُ مِمَّنْ حَضَرَنِى التمْرَ إلَى أَجلٍ ، فَيقدمُونَ بِالْحِنْطَةِ ، وَقَدْ حَلَّ ذَلِكَ الأَجلُ ، فَيُوقفُونَها بِالسُّوقِ ، فَأَبتاعُ مِنْهُمْ ، وَأُقَاصُّهُمْ ؟ قال : لَا بَأْسَ بِذَلِكَ ، إذَا لَمْ يَكُنْ مِنْكَ عَلَى رَأْى[1] » وذلك لأنه اشترى الطعام بالدراهم التى فى الذمّة بعد انبرام العقد الأول ولزومه . فصحّ ، كما لو كان المبيعُ الأول حيوانًا ، أو ثياباً ، ولما ذكرنا فى الفصل الذى قبل هذا . فإنّه لم يأخذ بالثمن طعاماً . ولكن اشترى

(١) يعنى : إذا لم يكن ذلك مقصودا لك من أول الأمر ، ومرتبا فى نفسك .

من المشترى طعاماً بدراهم ، وسلّمها إليه ، ثم أخذها منه وفاء ، أو لم يسلّمًا إليه ، لكن قاصّه بها ، كما فى حديث علىّ بن الحسين .

٣٠١٩ « مسألة » قال ﴿ ومن باع حيواناً ، أو غيره بالبراءة من كلّ عيب لم يبرأ ، سواء علم به البائعُ أو لم يعلم ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى البراءة من العيوب . فرُوى عنه : أنه لا يبرأ إلاّ أن يعلم المشترى بالعيب . وهو قول الشافعىّ ، وقال إبراهيم ، والحكم ، وحمّاد : لا يبرأ إلاّ مما سُمّى ، وقال شُرَيْح : لا يبرأ إلا مما أراه ، أو وضع يده عليه . ورُوى نحوُ ذلك عن عطاء ، والحسن ، وإسحاق ، لأنه مرفق فى البيع ، لا يثبُت إلا بالشرط ، فلا يثبُت مع الجهل ، كالخيار .

والرواية الثانية : أنه يبرأ من كلّ عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب علمه . ويُروى ذلك عن عثمان ، ونحوُه عن زيد بن ثابت . وهو قول مالك . وقول الشافعىّ فى الحيوان خاصّةً . لما رُوى أنّ عبد الله بن عمر « بَاعَ زَيْدَ بنَ ثَابتٍ عَبْداً بِشَرْطِ البَرَاءةِ مِنَ العَيْبِ بِثَمانمائةِ دِرْهَمٍ . فَأَصابَ بِهِ زَيْدٌ عَيْباً . فَأَرادَ رَدّه عَلَى ابن عمر ، فَلَمْ يَقْبَلْهُ . فَتَرافَعا إلى عُثمان . فقال عثمان ، لابن عمر : تَحْلِفُ أَنَّكَ لم تَعْلَم بِهذَا العَيْبِ ؟ فقال : لا ، فردّه عليه ، فباعَه ابنُ عمر بألف دِرْهمٍ » وهذه قصّةٌ اشتهرت ، فلم تُنكَر ، فكانت إجماعاً ، ورُوى عن أحمد : أنه أجاز البراءة من المجهول . فيخرجُ من هذا صحّة البراءة من كلّ عَيْب . ورُوى هذا عن ابن عمر . وهو قول أصحاب الرأى ، وقول الشافعىّ . لما رَوت أمّ سَلَمَة «أنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَما فِى مَوارِيثَ دَرَسَتْ إلىَ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم . فقالَ رَسُولُ اللهِ صَلى الله عليهِ وَسلم : أستَهِمَا وَتَوَخَّيَا ، وَلْيُحَلِّلْ كُلُّ واحِدٍ مِنْكُمَا صَاحِبَهُ » فدلّ هذا على أن البراءة من المجهول جائزة . ولأنه إسقاط حقّ لا تسليم فيه . فصَحّ من المجهول كالعِتَاق . والطلاق . ولا فرق بين الحيوان وغيره . فما ثبت فى أحدهما ثبت فى الآخر ، وقولُ عثمان قد خالفه ابن عمر ، وقول الصحابىّ المخالِف لا يَبقى حُجّةً .

٣٠٢٠ (فصل) فإن قلنا : لا يصحّ شرط البراءة من العيوب . فشَرْطه لم يفسُد البيعُ فى ظاهر المذهب . وهو وجه لأصحاب الشافعىّ . لأن ابن عمر باع بشرط البراءة . فأجمعوا على صحّته ، ولم يُنكرهُ منكر . فعلى هذا لا يمنعُ الردّ بوجود الشرط . ويكون وجودُه كعدمه . وعن أحمد فى الشروط الفسده . روايتان

إحداهما : أنها تُفسد العقد ، فيدخُل فيها هذا البيع . لأن البائع إنّما رضىَ بهذا الثمن عِوَضاً عنه بهذا الشرط ، فإذَا فسد الشرطُ فات الرّضَى به فيفسُد البيع ، لعدم التراضى به .

٣٠٢١ « مسألة » قال ﴿ ومن باع شيئاً مرابحةً . فعلم أنه زاد فى رأس ماله ، رجع عليه بالزيادة ، وحطّها من الربح ﴾ .

معنى بيع المرابحة : هو البيعُ برأس المال وربح معلوم ، ويُشترط علمهما برأس المال . فيقول : رأسُ مالى فيه ، أو هو علىّ بمائةٍ بعتُك بها ، وربحِ عَشَرةٍ . فهذا جائز ، لا خلاف فى صحّته . ولا نعلم فيه عند أحد كراهةً . وإن قال : بعتك برأس مالى فيه وهو مائةٌ ، وأَرْبَحُ فى كلّ عَشَرةٍ درهماً ، أو قال : ده يازده، أو ده داوزده ، فقد كرهه أحمدُ . وقد رُوِيَت كراهته عن ابن عمر ، وابن عبّاس ، ومسروق ، والحسن ، وعكرمة ، وسعيد بن جُبَيْر ، وعطاء بن يَسار ، وقال إسحاق : لا يجوز . لأنّ الثمن مجهول حال العقد ، فلم يجُز ، كما لو باعه بما يخرُج به فى الحساب . ورخّص فيه سعيدُ بن المسيّب ، وابن سيرين ، وشُرَيح ، والنخَعِىّ ، والثّورِىّ ، والشافعىّ ، وأصحابُ الرأى ، وابن المنذر . ولأن رأس المال معلوم ، فأشبه مالو قال : وربح عَشَرةِ دراهم : ووجه الكراهة : أن ابن عمر ، وابن عبّاس كرهاه . ولم نعلم لهما فى الصحابة مخالفاً . ولأن فيه نوعاً من الجهالة ، والتحرّز عنها أولى . وهذه كراهةُ تنزيه . والبيع صحيح ، لما ذكرنا . والجهالةُ يمكن إزالتها بالحساب ، فلم تضرّ ، كما لو باعه صُبْرَةً كلّ قَفيزٍ بدرهم ، وأمّا ما يخرج به فى الحساب ، فمجهولٌ فى الجملة ، والتفصيل .

إذا ثبت هذا : عدنا إلى مسألة الكتاب فنقول : متى باع شيئاً برأس ماله وربح عشرة ، ثم علم بتنبيه ، أو إقرار ، أنَّ رأس ماله تسعون ، فالبيعُ صحيحٌ . لأنّه زيادةٌ فى الثمن فلم يمنع صحّة العقد كالعيب . وللمشترى الرجوع على البائع بما زاد فى رأس المال ، وهو عشرة ، وحطُّها من الربح ، وهو درهم . فيبقى على المشترى بتسعة وتسعين درهما . وبهذا قال الثورىّ ، وابن أبى ليلى . وهو أحدُ قولى الشافعى . وقال أبو حنيفة : هو مخيّر بين الأخذ بكلّ الثمن ، أو يتركُ ، قياساً على المعيب .

ولنا : أنه باعه برأس ماله ، وما قدَّره من الربح . فإذا بان رأسُ ماله قدراً كان مَبيعاً به ، وبالزيادة التى اتفقا عليها ، والمعيب كذلك عندنا . فإنّ له أخذَ الأرش ، ثم المعيب لم يرض به إلاّ بالثمن المذكور ، وههنا رضى فيه برأس المال والربح المقرر . وهل للمشترى خيار ؟ فالمنصوص عن أحمد : أن المشترى مخيّر بين أخذ المبيع برأس ماله وحصّته من الربح ، وبين تركه . نقله حنبل . وحُكى ذلك قولا للشافعىّ . لأن المشترى لا يأمنُ الجناية فى هذا الثمن أيضاً ، ولأنه ربّما كان له غرض فى الشراء بذلك الثمن بعينه ، لكونه حالفاً ، أو وكيلاً ، أو غير ذلك . وظاهر كلام الخِرَقىّ : أنّه لا خيار له . لأنه لم يذكره . وحُكى ذلك قولاً للشافعىّ . لأنه رضيه بمائةٍ وعشرةٍ ، فإذا حصل له بتسعة وتسعين فقد زاده خيراً . فلم يكن له خيار ، كما لو اشتراه على أنه معيب ، فبان صحيحاً ، أو أُمّىٌّ فبان صانعاً ، أو وُكّل فى شراء مُعيَّن

بمائةٍ فاشتراه بتسعين . وأما البائعُ فلا خيار له . لأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح ، وقد حصل له ذلك .

٣٠٢٢ (فصل) وإذا أراد الإخبار بثمن السلعة ، فإن كانت بحالها لم تتغيّر ، أخبر بثمنها، وإن حطّ البائعُ بعض الثمن عن المشترى ، أو اشتراه بعد لزوم العقد ، لم يُجزئه ، ويُخبر بالثمن الأول ، لا غيرُ. ولأنّ ذلك هبةٌ من أحدهما للآخر ، لا يكون عِوَضاً . وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : يُلحق بالعقد ، ويُخبر به فى المرابحة . وهذه مسألة يأتى ذكرُها إن شاء الله تعالى ، وإن كان ذلك فى مدّة الخيار لحِقَ بالعقد ، وأخبر به فى الثمن . وبه قال الشافعىّ ، وأبو حنيفة. ولا أعلم عن غيرهم خلافهم . فإن تغيّر سعرُها دونها . فإن غلت لم يلزمه الإخبار بذلك ، لأنّه زيادة فيها . وإن رَخُصت فنصّ أحمد : على أنه لا يلزمه الإخبار بذلك . لأنه صادقٌ بدون الإخبار به . ويحتمل أن يلزمه الإخبارُ بالحال . فإنّ المشترى لو علم ذلك لم يرضها بذلك الثمن ، فكتمانُه تغريرٌ به . فإن أخبر بدون ثمنها ، ولم يتبيّن الحال لم يجُز . لأنه يجمع بين الكذب والتغرير .

٣٠٢٣ (فصل) فأما إن تغيّرت السلعة فذلك على ضربين :

أحدهما : أن تتغيّر بزيادة . وهى نوعان :

أحدهما : أن تزيد لنمائها ، كالسِّمَن ، وتَعلُّم صنعة ، أو يحصُل منها نماء منفصل ، كالولد ، والثمرة ، والكَسْب . فهذا إذا أراد أن يبيعها مُرابحةً أخبر بالثمن من غير زيادة. لأنه القدرُ الذى اشتراها به . وإن أخذ النماء المنفصل ، أو استخدم الأمَة ، أو وَطِىء الثيّب أخبر برأس المال ، ولم يلزمه تبيينُ الحال. ورَوى ابن المنذر عن أحمد : أنّه يلزمه تبيين ذلك كلّه . وهو قول إسحاق ، وقال أصحابُ الرأى فى الغَلّة يأخذها : لا بأس أن يبيع مُرابحةً ، وفى الولد ، والثمرة : لا يبيعُ مُرابحةً حتى يُبيّن ، ولأنّه من مُوجَبِ العقد .

ولنا : أنه صادق فيما أخبر به من غير تغرير بالمشترى فجاز ، كما لو لم يزد . ولأن الولد والثمرة نماء منفصل ، فلم يمنع من بيع المرابحة بدون ذكره كالغَلّة . وقد بيّنّا من قبلُ أنّه ليس من مُوجَبات العقد .

النوع الثانى: أن يعمل فيها عملاً، مثلُ أن يُقصّرها ، أو يَرْفُوَها ، أو يحملها ، أو يَخيطَها ، فهذه متى أراد أن يبيعها مُرابحةً أخبر بالحال على وجهه، سواء عمل ذلك بنفسه، أو استأجر من عمله، هذا ظاهرُ كلام أحمد ، فإنّه قال : يُبيّن ما اشتراه وما لزمه ، ولا يجوز أن يقول : تحصّلتْ علىّ بكذا ، وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، وسعيدُ بن المسيّب ، وطاوس ، والنخَعِىّ ، والأوزاعىّ ، وأبو ثور ، ويحتملُ أن يجوز فيما استأجر عليه أن يَضُمّ الأجرَة إلى الثمن ، ويقول : تَحَصّلَتْ علىّ بكذا ، لأنه صادق ، وبه قال الشعبىّ ، والحكَم ، والشافعىّ .

ولنا : أنه تغرير بالمشترى ، فإنّه عسى أن لو علم أن بعض ما تحصّلت به لأجْلِ الصناعة لايرغبُ فيه ، لعدم رغبته فى ذلك ، فأشبه ما ينقُص الحيوانُ فى مؤنته ، وكُسْوَتِهِ ، وعلى المبتاع فى خَزْنِهِ .

الضرب الثانى : أن يتغيّر بنقص ، كنقصه بمرض ، أو جنايةٍ عليه ، أو تلَف بعضه ، أو بولادةٍ ، أو عيب ، أو يأخذ المشترى بعضَه ، كالصوف ، واللبن الموجود ، ونحوه ، فإنه يخبر بالحال على وجهه ، لا نعلم فيه خلافاً ، وإن أخذ أرش العيب ، أو الجناية ، أخبَر بذلك على وجهه ، ذكره القاضى ، وقال أبو الخطّاب : يحطّ أرش العيب من الثمن ، ويُخْبِرُ بالباقى ، لأن أرش العيب عوضٌ ما فات به ، فكان ثمنُ الموجود هو ما بقى ، وفى أرش الجناية وجهان :

أحدهما : يحطُّه من الثمن ، كأرش العيب

والثانى : لا يَحطُّه كالنماء ، وقال الشافعىّ : يحطُّهما من الثمن ، ويقول : تَقَوَّمَ علىّ بكذا ، لأنه صادق فيما أخبر به ، فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه .

ولنا : أن الإخبار بالحال على وجهه أبلغُ فى الصدق ، وأقربُ إلى البيان ، ونفى التغرير بالمشترى ، والتدليس عليه ، فلزمه ذلك ، كما لو اشترى شيئين بثمن واحدٍ ، وقسّط الثمن عليهما ، وقياسُ أرش الجناية عليه على النماء ، والكسب غيرُ صحيح ، لأن الأرش عوضُ نقصه الحاصل بالجناية عليه ، فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه ، وكقيمة أحد الثوبين إذا تلف أحدُهما ، والنماء والكسبُ زيادةٌ لم ينقص بها المبيعُ ، ولا هى عوض عن شىء منه ، فأمّا إن جنى المبيعُ ، ففداه المشترى لم يُلْحِقْ ذلك بالثمن ، ولم يُخْبِر به فى المرابحة ، بغير خلاف نعلمُه ، لأن هذا الأرش لم يزد به المبيعُ قيمةً ، ولا ذاتاً ، وإنّما هو مُزيلٌ لنقْصِهِ بالجناية ، والعيبِ الحاصلِ بتعلقّها برقبته ، فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشترى ، فأمّا الأدوية ، والمؤْنَةُ ، والكُسْوَةُ ، وعملُه فى السلعة بنفسه ، أو عملِ غيرِه له بغير أُجْرة ، فإنّه لا يُخبر بذلك فى الثمن ، وجهاً واحداً ، وإن أخبر بالحال على وجهه فحسن .

٣٠٢٤ (فصل) وإن اشترى شيئين صفقةً واحدةً ، ثم أراد بيع أحدهما مُرابَحةً أو اشترى اثنان شيئاً ، فتقاسماه ، وأراد أحدُهما بيعَ نصيبه مرابحةً بالثمن الذى أدّاه فيه ، فذلك قسمان :

أحدهما : أن يكون المبيعُ من المتقوّمات التى لا ينقسمُ الثمنُ عليها بالأجزاء ، كالثياب ، والحيوان ، والشجرة المُثمرة ، وأشباهِ هذا . فهذا لا يجوز بيعُ بعضِهِ مُرابحةً ، حتّى يُخبرَ بالحال على وجهه . نصّ عليه أحمد . فقال : كلُّ بيعٍ اشتراه جماعةٌ ، ثم اقتسَمُوه لايبيع أحدهم مُرابَحةً إلاّ أن يقول : اشترَيْناهُ جماعةً ، ثم اقتسمناهُ . وهذا مذهبُ الثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال الشافعىّ : يجوزُ بيعُه بحصّته من الثمن ، لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ، بدليل مالو كان المبيعُ شِقْصاً وسيفاً أخذ الشفيعُ الشِّقْصَ

بحصّته من الثمن . ولو اشترى شيئين ، فوجد أحدَهما مَعيباً ، ردّه بحصّته من الثمن . وذكر ابن أبي موسى فيما اشتراه اثنان ، فتقاسماه ، روايةً أخرى عن أحمد : أنه يجوزُ بيعُه مُرابحةً بما اشتراه . لأنّ ذلك ثمنُه ، فهو صادق فيما أخبر به .

ولنا : أن قسمة الثمن على المبيع طريقةُ الظنّ ، والتخمين ، واحتمال الخطأ فيه كثير ، وبيعُ المُرابَحةِ أمانةٌ ، فلم يجُز هذا فيه . فصار هذا كالخَرْصِ الحاصل بالظّنّ ، لا يجوز أن يُباع به ما يجبُ التماثل فيه . وإنما أخْذُ الشفيع بالقيمة ، للحاجة الداعية إليه ، وكونه لا طريق له سوى التقويم . ولأنه لو لم يأخذ بالشُّفْعةِ لا تخذه الناسُ طريقاً لإسقاطها . فيؤدّى إلى تفويتها بالكُلّية . وههنا له طريق ، وهو الإخبارُ بالحال على وجهه ، أو بيعُه مساومةً .

القسم الثاني : أن يكونَ المبيعُ من المتماثلات التي ينقسمُ الثمنُ عليها بالأجْزَاءِ كالبرّ والشعيرْ المتساوى فيجوز بيعُ بعضه مُرابَحةً بقسطه من الثمن . وبهذا قال أبو ثور ، وأصحابُ الرأى . ولا نعلم فيه خلافاً . لأنّ ثمن الجزء معلوم يقيناً . ولذلك جاز بيعُ قفيزٍ من الصُّبْرةِ . وإن أسلم في ثوبين بصفةٍ واحدة ، فأخذهما على الصفة ، وأراد بيع أحدهما مُرابَحةً بحصّته من الثمن ، فالقياسُ جوازُه . لأنّ الثمن ينقسم عليهما نصفين ، لا باعتبار القيمةِ . وكذلك لو أقاله فى أحدهما ، أو تعذّر تسليمُه ، كان له نصفُ الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما . فكأنه أخذ كلّ واحدٍ منهما مُنفرداً . ولأن الثمن وقع عليهما مُتساوياً ، لتساوى صفتهما فى الذّمّة . فهما كقفيزين من صُبْرةٍ . وإن حصل فى أحدهما زيادة على الصفة ، جرتْ مَجرى الحادث بعد البيع .

٣٠٢٥ (فصل) وإن اشترى شيئاً بثمن مُؤَجّل ، لم يجُز بيعُه مرابحةً حتّى يُبَيِّن ذلك . وإن اشتراه من أبيه ، أو ابنه ، أو ممّن لا تُقبل شهادَته له ، لم يجُز بيعُه مُرابحةً حتّى يُبَيِّنُ أمرَه . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعيّ ، وأبو يوسف ، ومحمد : يجُوز من غير بَيانٍ ، لأنه أخبر بما اشتراه عَقداً صحيحاً . فأشبه مالو اشتراه من أجنبيّ .

ولنا : أنه متّهَمٌ فى الشراء منهم ، لكونه يُحابيهم ، ويسمحُ لهم . فلم يَجُز أن يخبر بما اشتراه منهم مُطلقاً ، كالو اشترى من مُكاتَبِهِ . وفارق الأجنبيّ . فإنّه لا يتهمّ فى حقّه . وقياسُهم يبطُل بالشراء من مكاتَبِهِ . فإنّه لا يجوز له بيعُ ما اشتراه من مكاتَبِهِ مُرابَحةً حتّى يُبَيِّنَ أمْرهُ . ولا نعلم فيه خلافاً . وإن اشتراه من غُلامِ دُكّانِهِ الحُرّ ، فقال القاضى : إذا باعه سِلْعةً ، ثمّ اشتراها منه بأكثر من ذلك ، لم يَجُز بيعُه مُرابَحةً حتّى يُبَيِّن أمرَه . ولا نعلم فيه خلافاً . ولأنه متّهمٌ فى حَقّه . فأشبه من لا تُقبلُ شهادته له . وقال أبوالخطّاب : إن فعل ذلك حيلةً لم يجُز . وظاهره الجواز ، إذا لم يكن حِيلةً .

وهذا أصحّ . لأنه أجنبيّ ، لكن لا يختصّ هذا بغُلامِ دُكّانه ، بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجُزْ ، وكان حَراماً ، وتَدْليساً ، على ما ذكرنا من قبلُ .

٣٠٢٦ (فصل) فإن اشترى ثوباً بعَشرةٍ ، ثمّ باعهُ بخَمْسةَ عَشَر ، ثمّ اشتراه بعَشَرةٍ استُحِبّ أن يُخْبِرَ بالحال على وجهه . فإن أخبر أنه اشتراه بعَشَرةٍ ، ولم يُبَيِّن ، جاز . وهو قول الشافعىّ ، وأبى يوسف ، ومحمد . لأنه صادق فيما أخبر به ، وليس فيه تُهَمَةٌ ، ولا تَغْرِيرٌ بالمشترى . فأشبه ما لو لم يرْبَحْ فيه . ورُوى عن ابن سيرين : أنّه يطارح الربح من الثمن ، ويُخبر أنّ رأس ماله عليه خمسةٌ . وأعجبَ أحمدَ قولُ ابنِ سيرينَ . قال : فإن باعه على ما اشتراه يُبيّن أمره ، يعنى يُخبر أنّه ربح فيه مرّةً ، ثم اشتراه . وهذا محمولٌ على الاستحباب لما ذكرناه ، وقال أبو حنيفة : لا يجوزُ بيعُه مُرابحةً ، إلا أن يُبَيِّن أمره ، أو يُخبر أنّ رأس ماله عليه خمسةٌ . وهذا قول القاضى ، وأصحابه . لأن المرابحة تُضَمُّ فيها العقود ، فيُخبرُ بما تقوّم عليه ، كما تُضَمّ أُجْرَةُ الخيّاطِ والقَصّارِ . وقد استفاد بهذا العقد الثانى تقريرَ الرّبح فى العقد الأول . لأنه أمِنَ أنْ يَرُدّه عليه ، ولأنّ الربح أحد نوعى النّماء . فوجب أن يُخبر به فى المرابحة ، كالولد ، والثمرة ، فعلى هذا ينبغى أنّه إذا طرح الرِّبْحَ من الثمن الثانى يقول : تقوّمَ عَلَيّ بخَمْسةٍ . ولا يجوز أن يقول : اشتريتُه بخَمْسةٍ . لأنّ ذلك كذب ، والكذبُ حرام ، ويَصيرُ كما لو ضَمّ أجْرَةَ القِصَارَةِ ، والخِيَاطة إلى الثّمن ، وأخْبَرَ بهِ .

ولنا : ما ذكرناه فيما تقدّم . وما ذكروه من ضَمّ القِصَارةِ ، والخِيَاطةِ ، والولد ، والثّمَرةِ فشىء بَنَوْهُ على أصلهم ، لا نُسَلِّمُهُ . ثم لا يشبه هذا ما ذكره . لأنّ المؤنة والنماء لزماه فى هذا البيع الذى يلى المُرابَحةَ . وهذا الربح فى عقدٍ آخرَ قبل هذا الشراء ، فأشبه الخسارةَ فيه . وأما تقرير الربح فغيرُ صحيح . فإن العقد الأوّل قد لزم ، ولم يظهر العيبُ ، ولم يتعلّق به حكمُه . ثم قد ذكرنا فى مثل هذه المسألة أنّ للمشترى أن يردّه على البائع ، إذا ظهر على عيبٍ قديمٍ ، وإذا لم يلزمه طرحُ النّماءِ ، والغَلّةِ فهمنا أولى ، ويجىء على هذا القول : أنّه لو اشتراه بعشرةٍ ، ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشَرة ، فإنه يُخْبِرُ أنها حَصَلَتْ بغير شىء ، وإن اشتراها بعَشَرةٍ ثمّ باعها بثلاثةَ عَشَرَ ثم اشتراها بخَمْسةٍ أخبر أنّها تقوّمَتْ عليه بدرهمين . وإن اشتراها بخمسةَ عشَرَ أخبر أنها تَقَوّمتْ عليه باثْنَىْ عَشَرَ . نصّ أحمد على نظير هذا . وعلى هذا يَطْرَحُ الربحَ من الثمن الثانى ، كيفما كان . فإن لم يربح ، ولكن اشتراها ثانيةً بخمسة أخبر بها ، لأنّها ثمنُ العقد الذى يلى المُرابَحةَ . ولو خسر فيها : مثلُ أن اشتراها بخَمْسةَ عَشَرَ ، ثمّ باعها بعَشَرةٍ ، ثمّ اشتراها بأىّ ثمن كان ، أخْبَرَ به . ولم يجُز أن يَضُمّ الخَسَارةَ إلى الثمن الثانى . فيُخْبِرُ به فى المُرابحةِ بغير خلاف نعلمهُ . وهذا يدلّ على صحّة ما ذكرناه ، والله أعلم .

٣٠٢٧ (فصل) وكلّ ما قلنا: إنهُ يلزمُه أن يُخبر به في المرابحة، ويبيّنه فلم يفعل، فإنّ البيعَ لا يفسُد به. ويثبُت للمشترى الخيارُ بين الأخذ به، وبين الردّ، إلاّ في الخبر بزيادة على رأس ماله، على ما قدّمناه من القول فيه. وإن اشتراه بثمن مُؤَجّل، ولم يُبَيّن أمره، فعن أحمد: أنه مُخيَّر بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقدُ حالاً، وبين الفسخ. وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعيّ. لأن البائعَ لم يرض بذمّة المشترى، وقد تكون ذمّتُهُ دونَ ذِمّةِ البائع، فلا يلزمه الرِّضَى بذلك، وحكى ابن المنذر عن أحمد: أنه إن كان المبيعُ قائماً كان له ذلك إلى الأجل، يعنى: وإن شاء فَسخَ، وإن كان قد استُهْلِكَ حبَسَ المشترى الثمن بقدر الأجَل، وهذا قولُ شُرَيح. لأنه كذلك وقع على البائع، فيجبُ أن يكون للمشترى أخذُه بذلك على صفته، كما لو أخبر بزيادةٍ على الثمن، وكونُه لم يرضَ بذمّة المشترى لا يمنعُ نفوذ البيع بذلك، كما أنّه إذا أخبر بزيادةٍ لم يرض ببيعه إلاّ بما أخبر به، ولم يلتفتْ إلى رضاه، بل وجب الرجوعُ إلى ما وقع به البيعُ الأول، كذا ههنا.

٣٠٢٨ (فصل) فإن ابتاعه بدنانير، فأخبر أنّه اشتراه بدراهم، أو كان بالعكس، أو اشتراه بعَرْضٍ، فأخبر أنّه اشتراه بثَمَنٍ، أو بثَمنٍ فأخبر أنّه اشتراه بِعَرْضٍ، وأشباه هذا، فللمشترى الخيارُ بين الفسخ، والرجوع بالثمن وبين الرِّضَى به، بالثمن الذى تبايعا به، كسائر المواضع الذى ثبت فيها ذلك.

٣٠٢٩ (فصل) وإن ابتاع اثنان ثوباً بعشرين، أو بُذِلَ لهما فيه اثْنَانِ وعِشْرُونَ. فاشترى أحدُهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر، فإنه يُخْبِرُ في المُرَابَحَةِ بأحَدٍ وعشرين، نصّ عليه أحمد. وهذا قول النَّخَعيّ. وقال الشعبيّ: يبيعُه على اثنين وعشرين، لأن ذلك الدرهم الذى كان أعْطِيَهُ قد كان أحرزه، ثمّ رجع بعد ذلك إلى قول إبراهيم، ولا نعلم أحداً خالف ذلك، لأنه اشترى نصفه الأول بعشرةٍ، ثمّ اشترى نصفه الثانيَ بأحَدَ عشَر، فصار مجموعُهما أحداً وعشرين.

٣٠٣٠ (فصل) قال أحمد: ولا بأس أن يبيع بالرقم، ومعناه: أن يقول. بعتُكَ هذا الثوب برَقْمِهِ وهو الثمن المكتوبُ عليه، إذا كان معلوماً لهما حالَ العقد، وهذا قولُ عامّة الفقهاء، وكرهه طاوس.

ولنا: أنه بيع بثمن معلوم، فأشبه ما لو ذكر مقدارَه، أو ما لو قال: بعتُكَ هذا بما اشتريتُه به، وقد علما قدره، فإن لم يكن معلوماً لهما، أو لأحدهما، لم يصحّ، لأن الثمن مجهولٌ، قال أحمد. والمساومة عندى أسهلُ من بيع المُرَابَحَةِ، وذلك لأنّ بيعَ المرابحة تعتريه أمَانَةٌ، واسترسال من المشترى، ويُحتاج فيه إلى تبْيِينِ الحالِ على وجهه، في المواضع التى ذكرناها، ولا يُؤمن هَوَى النفس في نَوْعِ تأويلٍ، أو غَلَطٍ، فيكون على خطرٍ، وغرَرٍ، وتجنُّبُ ذلك أسلمُ وأولى.

٣٠٣١ (فصل) وبيعُ التولية: هو البيعُ بمِثْلِ ثمنِهِ من غير نقص، ولا زيادة، وحكمُه في الإخبار

بثمنه ، وتبيين ما يلزمه تبيينُه حكمُ المُرابحَةِ فى ذلك كلّه ، ويصحّ بلفظ البيع ، ولفظ التولية .

٣٠٣٢ « مسألة » قال ﴿ وإن أخبر بنقصانٍ من رأس ماله ، كان على المشترى ردُّه ، أو إعطاؤه ما غَلِط به . وله أن يُحلّفه أن وقت ماباعها لم يعلم أن شراءها بأكثر ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا قال فى المُرابحَةِ : رأسُ مالى فيه مائةٌ ، وأرْبَحُ عَشَرةً ، ثمّ عاد فقال : غَلِطْتُ ، رأْسُ مالِي فيهِ مائةٌ وعَشَرةٌ . لم يُقبل قوله فى الغلط ، إلاّ ببيِّنةٍ تشهدُ أنّ رأس ماله عليه ما قاله ثانياً . وذكره ابن المنذر عن أحمد ، وإسحاق . وروى أبو طالب عن أحمد : إذا كان البائع معروفاً بالصّدق قُبل قوله ، وإن لم يكن صَدُوقاً جاز البيعُ . قال القاضى : وظاهر كلام الخِرَقىّ : أن القولَ قولُ البائع مع يمينه . لأنّه لمّا دخل معه فى المرابحة فقد ائتمنه . والقولُ قولُ الأمين مع يمينه ، كالوكيل ، والمُضارِب . والظاهرُ أن الخِرَقىّ لم يترُكْ ذكر ما يلزمُ البائع فى إثبات دعواه ، لكونه يقْبَلُ مُجرّدَ دعواه ، بل لأنّه عطفَه على المسألةِ قَبْلَها . وقد ذُكر فيها ، فعلم أنَّه زاد فى رأس المال ، ولم يتعرّض لما يحصُل به العلمُ ، لكن قد علمنا : أنّ العلم إنما يحصُل ببيّنةٍ أو إقرارٍ . كذلك عَلمُ غَلَطِهِ ههنا يحصُل ببيّنة ، أو إقرار من المشترى ، وكونُ البائع مُؤتَمناً لا يوجبُ قبولَ دعواه فى الغَلَط ، كالمُضاربِ ، والوكيل ، إذا أقرا بربح ، ثمّ قالا : غَلِطْنا ، أو نَسِينا . واليمينُ التى ذكرها الخِرَقىّ ههنا إنّما هى على نفى عِلمِهِ بِغَلطِ نَفْسِهِ وقتَ البيع . لا على إثبات غَلطِهِ . وعن أحمد روايةٌ ثالثة : أنّه لا يُقبل قولُ البائع ، وإن أقام به بَيِّنَةً حتى يُصَدِّقَهُ المشترى . وهو قول الثورىّ والشافعىّ . لأنه أقرّ بالثّمن ، وتعلّق به حقّ الغير . فلا يُقبل رجوعُه ، ولا بَيِّنَتهُ لإقراره بكذبها .

ولنا : أنها بَيِّنَةٌ عادِلَةٌ ، شهدت بما يَحْتَمِلُ الصِّدقَ . فتُقبل ، كسائر البيِّنات . ولا نُسلّم أنّه أقرّ بخلافها ، فإنّ الإقرار يكون لغير المُقرّ ، وحالةَ إخباره بثمنها لم يَكُنْ عليه حقٌّ لغيره . فلم يكن إقرارٌ . فإن لم تكن بيّنةٌ أو كانت له بَيِّنَةٌ ، وقلنا : لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ فادّعى أن المشترىَ يَعْلَمُ غَلَطَه ، فأنكر المشترى ، فالقولُ قولُه ، وإن طلب يمينه ، فقال القاضى : لا يمينَ عليه . لأنَّه مدّعٍ والىمينُ على المدعَى عليه . ولأنّه قد أقرّ له فيستغنى الإقرارُ عن اليمين . والصحيحُ : أنّ عليه اليمينَ أنّه لا يعلَمُ ذلك . لأنّه ادّعى عليه ما يلزمُه به رَدُّ السلعة ، أو زيادةٌ فى ثمنها ، فلزمتهُ اليمينُ ، كمَوْضِعِ الوِفاق ، وليس هو ههنا مُدَّعِياً . إنما هو مُدَّعًى عليه العلمُ بمقدار الثمن الأول ، ثم قال الخِرَقىّ : له أن يُحلّفه أنّ وقتَ ما باعها لم يَعْلَمْ أنّ شراءها أكثرُ .

وهذا صحيح . فإنّه لو باعها بهذا الثمن عالماً بأن ثمنها عليه أكثرُ لزمه البيعُ بما عقد عليه ، لأنّه تعاطَى شيئاً عالماً بالحال . فلزمه ، كمشترى المَعيب عالماً بعَيْبِه . وإذا كان البيعُ يلزمُه بالعلم ، فادّعى عليه لزمته اليمينُ . فإن نَكَل قضى عليه . وإن حلف ، خُيِّر المشترى بين قبوله بالثمن ، والزيادة التى غلط بها ، وحَطِّها من

الربح ، وبين فسخ العقد . ويحتملُ أنَّه إذا باعه بمائةٍ وربحِ عشَرةٍ . ثم إنَّه غلط بعَشَرةٍ لا يلزَمه حَطَّ العَشرةِ من الرِّبح . لأنَّ البائعَ رَضِيَ بربح عشرةٍ في هذا المبيع . فلا يكونُ له أكثرُ منها . وكذلك إن تبيّن له أنَّه زاد في رأس ماله ، لا ينقصُ الربح من عَشَرةٍ . لأن البائع لم يبِعْهُ إلاَّ بربح عَشَرةٍ ، فأمّا إن قال : وأرْبَحُ في كلِّ عَشَرةٍ درهماً ، أو قال : ده يازده ، لزمه حَطّ العَشَرةِ من الربح في الغلط ، والزيادة على الثمن في الصورتين . وإنَّما أثبتنا له الخيارَ ، لأنَّه دخل على أن الثمن مائةٌ وعَشَرةٌ . فإذا بان أكثرَ كان عليه ضررٌ في التزامه ، فلم يلزمهُ كالمَعيب . وإن اختار أخذها بمائةٍ ، وأحدٍ وعِشْرينَ ، لم يكنْ للبائع خِيارٌ . لأنه قد زاده خيراً ، فلم يكنْ له خيارٌ ، كبائع المَعيب إذا رضيَه المُشترى . وإن اختار البائعُ إسقاط الزيادة عن المشترى ، فلا خيارَ له أيضاً ، لأنَّه قد بذلها بالثمن الذى وقع عليه العقدُ ، وتراضيا به .

٣٠٣٣ (فصل) ويجوز بيعُ المُواضَعَةِ . وهو أن يُخبِرَ برأس ماله ، ثمّ يقول : بعتُكَ هذا به ، وأضَعُ عَنْكَ كذا . فإن قال : بوَضيعةِ درهمٍ مِنْ كلِّ عَشرةٍ كرِهَ ، لما ذكرنا في المرابحة ، وصحّ ، ويَطْرَحُ من كلِّ عشرة دِرهماً . فإن كان الثمن مائةً لزمهُ تسعونَ ، ويكون الحطّ عشرةً . وقال قوم : يكون الحطّ من كلّ أحدَ عشرَ دِرْهماً . فيكون ذلك تسعةَ دراهم ، وجُزْءاً من أحدَ عَشَر جُزءاً من درهم ، وتبقى تسعون ، وعشرةُ أجزاء ، من أحد عشر جُزءاً من دِرْهمٍ . وهذا غلطٌ . لأنّ هذا يكون حَطًّا من كُلِّ أحدَ عَشرَ ، وهو غيرُ ما قاله . فأمّا إن قال بوضيعةِ درهمٍ لكلِّ عَشرةٍ ، كان الوضيعةُ من كلّ أحد عشَرَ درهماً . ويكون الباقي تسعين وعشَرةَ أجزاء من أحَدَ عشر جُزءاً من درهم : وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعيّ . وحُكي عن أبي ثورٍ أنه قال : الحطّ ههنا عشرةٌ مثلُ الأولى ، وليس بصحيح . فإنه إذا قال : لكلّ عشرةٍ درهماً ، يكونُ الدِّرهمُ من غَيرها ، فكأنهُ قال : مِنْ كُلِّ أحَدَ عشَر درهماً ، دِرْهماً . وإذا قال : مِنْ كلّ عشرةٍ درهماً ، كان الدرهمُ من العَشَرةِ . لأنَّ «من» للتبعيض ، فكأنَّه قال : آخذُ من العشرة تسعةً ، وأحُطُّ منها دِرهماً .

٣٠٣٤ (فصل) إذا اشترى رجل نصف سِلعةٍ بعشرةٍ ، واشترى آخرُ نصفها بعشرينَ ، ثم باعاها مُساوَمةً بثمن واحد ، فهو بينهما نِصْفانِ . لا نعلم فيه خلافاً ، لأنّ الثمن عِوَضٌ عنها . فيكون بينهما على حسب مِلْكَيْهما فيها : وإن باعاها مُرابَحةً ، أو مُواضَعةً ، أو تَوْلِيةً ، فكذلك ، نصّ عليه أحمد . وهو قول ابن سيرين، والحكَم ، قال الأثرَم: قال أبو عبد الله رحمه الله : إذا باعَها ، فالثمنُ بينهما نصفان. قلت : أعطَى أحدُهُما أكثرَ ممَّا أعطَى الآخرُ ؟ فقال : وإنْ، أليْس الثَّوْبُ بَيْنَهُما السَّاعَةَ سَواء ؟ فالثمنُ بينهما . لأنّ كُلّ واحدٍ منهما يملكُ مثلَ الذى يملكُ صاحبُه . وحَكى أبو بكر عن أحمد روايةً أخرى : أن الثمن بينهما على قدر رءوس أموالها ، لأنَّ بَيْعَ المُرابَحةِ يقتضى أن يكون الثمنُ في مُقابلةِ رأس المال ،

فيكونُ مقسوماً بينهما ، على حسب رءوس أموالهما . ولم أجد عن أحمد روايةً بما قال أبو بكر ، وقيل : هذا وجه خَرَّجه أبو بكر . وليس برواية ، والمذهبُ الأوّل . لأن الثمن عوضُ المبيع ، وملكُهما مُتَساوٍ فيه . فكان ملكُهما كعِوَضه مُتَساوياً ، كما لو باعاه مُساواةً .

٣٠٣٥ (فصل) ومتى باعاه السلعة برقمها ، ولا يعلمانه ، أو جهلاَ رأسَ المالِ في المُرابَحَةِ ، أو المُواضَعَةِ ، أو التَّوْلِيَةِ ، أو جهل ذلك أحدُهما ، أو جهل قدر الربح ، أو قدرَ الوَضِيعَةِ . فالبيعُ باطلٌ ، لأنَّ العَلم بالثمن شرطٌ لصحَّة البيع : فلا يثبُت بدونه ، ولو باعه بمائة ذهباً ، وفضَّة لم يصحَّ البيعُ . وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : يصحُّ ، ويكون نصفين . لأنَّ الإطلاق يقتضى التسويةَ ، كالإقرار .

ولنا : أنَّ قدر كلِّ واحد منهما مجهولٌ ، فلم يصحَّ . كما لو قال : بمائةٍ بعضُها ذهبٌ ، وقوله : إنه يقتضى التسوية لا يصحُّ . فإنَّه لو فسَّره بغير ذلك صحَّ . وكذلك لو أقرَّ له بمائةٍ ذهباً ، وفضَّة ، فالقولُ قولُه في قدر كلِّ واحد منهما .

٣٠٣٦ « مسألة » قال ﴿ وإذا باع شيئاً ، واختلفا في ثمنه تحالفا . فإن شاء المشترى أخذَه بعد ذلك بما قال البائعُ ، وإلا انفسخ البيعُ بينهما . والمبتدىء باليمين البائعُ ﴾

والكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

أحدها : أنه إذا اختلف المتبايعان ، والسلعةُ قائمةٌ ، فقال البائعُ : بعتُكَ بعشرينَ ، وقال المشترى : بل بعشرةٍ ، ولأحدهما بَيِّنَةَ حُكِم بها وإن لم يكن لهما بَيِّنَةٌ تحالفا . وبهذا قال شُرَيح ، وأبو حنيفة ، والشافعيّ ، ومالك ، في رواية ، وعنه : القولُ قولُ المشترى . معَ يمينه . وبه قال أبو ثور ، وزُفَر . لأنَّ البائعَ يدَّعِى عَشَرَةً زائدةً يُنكرُها المشترى ، والقولُ قولُ المنكِر . وقال الشعبيّ . القولُ قولُ البائع ، أو يَترادَّانِ البيع ، وحكاه ابن المنذر ، عن إمامنا رحمه الله . وروى ابن مسعود ، عن رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم أنه قال « إِذَا اخْتَلَفَ البيِّعانِ ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ مَاقَالَ البَائِعُ ، أَوْ يَتَرَادَّانِ الْبَيْعَ » رواه سعيد ، وابن ماجه ، وغيرُهما . والمشهورُ في المذهب الأوّل ، ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً ، وأن القول قولُ البائع مع يمينه ، فإذا حلف ، فرضى المشترى بذلك ، أُخِذَ به . وإن أبى ، حلف أيضاً ، وفُسِخَ البيعُ بينهما . لأنَّ في بعض ألفاظ حديث ابن مسعود : أنَّ النبيَّ صَلَّى الله عليه وسلم قال « إِذَا اخْتَلَف المتُبايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قائمةٌ ، ولاَ بَيِّنَةَ لِأَحَدِهما تَحَالَفَا » ولأنَّ كلَّ واحد منهما مُدَّعٍ ، ومُدَّعًى عليه . فإن البائع يَدَّعى عقداً بعشرين ، يُنكرُه المشترى ، والمُشترى يدعى عَقداً بعَشرةٍ يُنكرُه البائعُ ، والعقدُ بعَشرةٍ غيرُ العقدِ بعشرين . فشُرِعَتِ اليمينُ في حقِّهما ، وهذا الجوابُ عمَّا ذكروه .

الفصل الثاني : أن المبتدىء باليمين البائعُ . فيحلفُ ما بعتُه بعَشرةٍ ، وإنما بعتُه بعشرين . فإن شاء

المشترى أخذه بما قال البائعُ ، وإلاّ يحلفُ ما اشتريتُه بعشرينَ ، وإنّما اشتريتُه بعشرةٍ ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يبتدىء بيمين المشترى . لأنه مُنكِر ، واليمينُ فى جَنَبَتِهِ أقْوَى . ولأنه يُقضىَ بنكوله ، وينفصِلُ الحُكمُ . وما كان أقربَ إلى فصل الخصُومة كان أولى .

ولنا : قولُ النبىّ صلّى الله عليه وسلم « فَالْقَوْلُ مَا قَالَ البَائِعُ » وفى لفظ « فَالْقَوْلُ مَا قَالَ البَائِعُ ، وَالْمُشْتَرِى بِالْخِيَارِ » رواه الإمام أحمدُ . ومعناه : إن شاء أخذَ ، وإن شاء حَلَف . ولأنّ البائع أقوى جَنَبَةً . لأنهما إذا تحالفا عاد المبيعُ إليه ، فكان أقوى ، كصاحب اليد . وقد بيّنّا أنّ كلّ واحد منهما مُنكِرٌ ، فيتساويان من هذا الوجه . والبائعُ إذا نَكَلَ فهو بمنزلة نُكُولِ المشترى ، يحلفُ الآخرُ ويُقْضَى لَهُ . فهما سواء .

الفصل الثالث : أنّه إذا حلف البائعُ ، فنَكَلَ المُشترى عن اليمين ، قُضِىَ عليه ، وإنْ نَكَل البائعُ حلَفَ المُشترى ، وقُضِىَ لَهُ ، وإن حلفا جميعاً لم يَنْفسِخْ البيعُ بنفس التحالُف . لأنّه عقدٌ صحيحٌ ، فتنازعُهما وتعارضُهما لا يَفْسَخُهُ ، كما لو أقام كلّ واحدٍ منهما بيّنةً بما ادّعاه ، لكن إن رضى أحدُهما بما قال صاحبُه أقرّ العقدُ بينهما . وإن لم يرضيا فلِكلّ واحدٍ منهما الفسخُ . هذا ظاهرُ كلام أحمد . ويحتمل أن يقف الفسخُ على الحاكم . وهو ظاهر مذهب الشافعىّ . لأنّ العقد صحيحٌ ، وأحدُهما ظالم ، وإنّما يفسخُه الحاكم لتعذّر إمضائه فى الحُكمُ . فأشبه نكاحَ المرأة ، إذا زوّجها الوَليّانِ ، وَجُهِلَ السابِقُ منهما .

ولنا : قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « أَوْ يَتَرادَّانِ البَيْعَ » وظاهره استقلالهما بذلك . وفى القصّة « أَنّ ابنَ مَسْعُودٍ رَضِىَ اللهُ عَنْهُ بَاعَ الأَشْعَثَ بْنَ قَيْسٍ رَقِيقاً مِنْ رَقِيقِ الإِمَارَةِ ، فَقَالَ عَبْدُ اللهِ : بِعْتُكَ بِعِشْرِينَ أَلْفاً . قَالَ الأَشْعَثُ : اشْتَرَيْتُ مِنْكَ بِعَشَرَةِ آلافٍ . فقال عَبدُ الله : سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم يَقُولُ : « إِذَا اخْتَلَفَ البَيِّعَانِ ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، وَالمَبِيعُ قَائِمٌ بِعَيْنِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ البَائِعِ ، أَوْ يَتَرادَّانِ البَيْعَ . قالَ : فَإِنِّى أَرُدُّ البَيْعَ » رواه سعيدٌ ، عن هُشَيْمٍ ، عن ابن أبى ليلى ، عن عبد الرحمن بن القاسم ، عن ابن مسعود ، ورَوى أيضاً حديثاً عن عبد الملك بن عَبيدةَ قال : قالَ رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم « إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ اسْتُحْلِفَ البَائِعُ . ثُمَّ كَانَ الْمُشْتَرِى بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ » وهذا ظاهرٌ فى أنّهُ يَفْسَخُ من غير حاكم ، لأنه جعل الخِيَار إليه ، فأشبه من له خيارُ الشرط ، أو الردّ بالعيب . ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة . فأشبهَ الردّ بالعَيب . ولا يُشبهُ النّكاحَ . لأنّ لكلّ واحد من الزوجين الاستقلالَ بالطلاق . وإذا فُسِخَ العقدُ ، فقال القاضى : ظاهرُ كلام أحمد : أن الفسخَ ينفُذُ ظاهراً ، وباطناً . لأنه فسخٌ لاستدراك

الظُّلَامَةِ . فهو كالردّ بالعيب ، أو فسخُ عقدٍ بالتحالُف . فوقع فى الظاهر ، والباطن ، كما فسخ باللِّعان .
وقال أبو الخطّاب : إن كان البائعُ ظالماً لم يَنفسخْ العقدُ فى الباطِن . لأنه كان يُمكنه إمضاء العقدِ ، واستيفاء حقّه ، فلا يَنفَسخُ العقدُ فى الباطن . ولا يُباح له التصرّف فى المَبيع ، لأنّه غاصِبٌ ، فإن كان المشترى ظالماً انفسخَ البيعُ ظاهراً وباطناً ، لعجز البائع عن استيفاء حَقِّه . فكان له الفسخُ ، كما لو أفلس المشترى ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان ، كهذين ، ولهم وجهٌ ثالث : أنه لا ينفسخُ فى الباطن بحالٍ . وهذا فاسدٌ . لأنَّه لو علم أنَّه لم ينفسخ فى الباطن بحالٍ لما أمكن فسخُه فى الظاهر . فإنَّه لا يُباح لكلّ واحدٍ منهما التصرّف فيما رجع إليه بالفسخ ، ومتى علم أن ذلك محرَّمٌ منع منه . ولأن الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخَ ظاهراً ، وباطناً . فالفسخ بفسخه فى الباطن ، كالردِّ بالعيب . ويَقْوَى عندى أنّه إن فسخه الصادقُ منهما انفسخ ظاهراً وباطناً لذلك . وإن فسخه الكاذبُ عالماً بكذبه ، لم يَنفَسِخْ بالنسبة إليه . لأنه لا يحِلّ له الفسخُ . فلم يثبُت حكمُه بالنسبة إليه . ويثبُت بالنسبة إلى صاحبه ، فيباحُ له التصرُّفُ فيما رجع إليه . لأنَّه رجع إليه بحُكمْ الشرع ، من غير عُدوانٍ منه . فأشبه ما لو رَدَّ عليه المَبيع بدعوَى العيب ، ولا عيبَ فيه .

٣٠٣٧ « مسألة » قال ﴿ فإن كانت السلعة تالفة تحالفا ورجعا إلى قيمة مثلها ، إلا أن يشاء المشترى أن يعطى الثمن على ما قال البائع ، فإن اختلفا فى الصفة فالقول قول المشترى مع يمينه فى الصفة ﴾ .

وجملته : أنهما إذا اختلفا فى ثمن السلعة بعد تلفها ، فعن أحمد فيها روايتان :

إحداهما : يتحالفان ، مثلَ ما لو كانت قائمةً . وهو قول الشافعىّ ، وإحدى الروايتين عن مالك .

والأخرى: القولُ قولُ المشترى معَ يمينه. اختارها أبو بكر. وهذا قولُ النخَعِىّ، والثورى، والأوزاعىّ ، وأبى حَنِيفة . لقوله عليه السلام فى الحديث « وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ » فمفهومه : أنه لا يُشرَع التحالُف عند تلفها . ولأنهمّا اتفقا على نقل السلعة إلى المشترى ، واستحقاق عَشَرَةٍ فى ثمنها ، واختلفا فى عَشَرةٍ زائدة ، البائعُ يدَّعِيها والمشترى يُنكِرُها . والقولُ قولُ المنكِرِ ، وتركنا هذا القياسَ حال قيام السلعة ، للحديث الوارد فيه ، ففيما عداه يبقى على القياس .

ووجه الرواية الأولى : عمومُ قوله « إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِى بِالْخِيَارِ » وقال أحمد : ولم يقل فيه « وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ » إلا يزيدُ بنُ هارون . قال أبو عبد الله : وقد أخطأ رواةُ الخِلاف عن المسعودىّ لم يقولوا هذه الكلمة ، ولكنّها فى حديث مَعْنٍ ، ولأنّ كلّ واحد منهما مُدَّعٍ وَمُنكِرٌ . فيُشْرَعُ اليمينُ ، كحال قيام السلعة ، وما ذكروه من المعنى يَبطُلُ بحال قيام السلعة ، فإنّ ذلك لا يختلف بقيام السلعة ، وتلَفها . وقولهم : تركناه للحديث . قلنا : ليس فى الحديث تحالفا ،

وليس ذلك بثابت فى شىء من الأخبار . قال ابن المنذر : وليس فى هذا الباب حديثٌ يُعتَمدُ عليه ، وعلى أنه إذا خولف الأصلُ لمعنًى وجبَ تعديةُ الحكمِ بتعدِّى ذلك المعنى ، فَنقِيسُ عليه ، بل يثبُت الحكمُ بالبيِّنةِ . فإنّ التحالُف إذا ثبتَ مع قيام السلعة ، مع أنهُ يمكن معرفةُ ثمنها للمعرفةِ بقيمتها ، فإنّ الظاهرَ أنّ الثمن يكون بالقيمة ، فمع تعذر ذلك أولى . فإذا تحالفا فإنْ رضى أحدُهما بما قال الآخرُ لم يُفسخِ العقدُ ، لعدم الحاجةِ إلى فَسْخه ، وإن لم يَرْضَيا فلِكلٍّ واحدٍ منهما فسخُه ، كما له ذلك فى حال بقاء السّلعة ، وَيُرَدُّ الثمن الذى قبضه البائعُ إلى المشترى ، وَيَدْفَعُ المشترى قيمةَ السّلعة إلى البائع . فإن كانا من جنس واحدٍ ، وتساويا بعد التقابُض تقاصَّا . وينبغى أن لا يُشرع التحالُف ، ولا الفسخُ فيما إذا كانت قيمةُ السلعةِ مُساويةً للثمن الذى ادّعاه المشترى ، ويكون القولُ قولَ المشترى مع يمينه . لأنه لا فائدةَ فى يمين البائع ، ولا فَسْخ البيع . لأن الحاصل بذلك الرجوعُ إلى ما ادّعاه المشترى . وإن كانت القيمةُ أقلَّ ، فلا فائدة للبائع فى الفسخ ، فيحتملُ أن لا يُشرَع له اليمينُ ، ولا الفسخُ . لأنّ ذلك ضررٌ عليه ، من غير فائدة . ويحتملُ أن يُشرَع لتحصيل الفائدة للمشترى ، ومتَى اختلفا فى قيمة السلعة رَجَعَا إلى قيمةِ مِثْلِها . موصوفاً بصفاتها ، فإن اختلفا فى الصفة ، فالقولُ قولُ المشترى مع يمينه . لأنه غارمٌ ، والقول قول الغارم .

٣٠٣٨ (فصل) وإن تقَايَلاَ المَبيعَ ، أو رُدَّ بعيب بعد قبض البائع الثمنَ ، ثُمّ اختلفا فى قَدْره ، فالقولُ قولُ البائع . لأنه مُنكِر لما يدّعيه المشترى ، بعد انفساخ العقد ، فأشبه ما لو اختلفا فى القبض .

٣٠٣٩ (فصل) وإن قال : بعتُك هذا العبدَ بألفٍ ، فقال : بل هو والعبدُ الآخرُ بألفٍ . فالقولُ قولُ البائع مع يمينه . وهو قول أبى حنيفة ، وقال الشافعى: يتحالفان : لأنّهما اختلفا فى أصل عِوَضَى العقد، فيتحالفان ، كما لو اختلفا فى الثمن .

ولنا : أن البائعَ يُنكر بَيع العبد الزائد ، فكان القولُ قولَه بيمينه ، كما لو ادّعى شراءه مُنفرداً .

٣٠٤٠ (فصل) وإن اختلفا فى عين المَبِيع ، فقال : بعتُك هذا العبدَ . قال : بل بعتَنى هذه الجاريةَ . فالقولُ قولُ كُلٍّ واحدٍ منهما ، فيما يُنكره مع يمينه . لأنّ كلّ واحدٍ منهما يدَّعى عَقداً على عَيْنٍ يُنكرُها المدّعَى عليه : والقولُ قولُ المنكر . فإن حلف البائعُ : ما بعتُك هذه الجاريةَ . أُقِرّتْ فى يَدِه ، إن كانت فى يَدِه ، ورُدّت عليه إن كان مُدّعيها قد قبضها ، وأما العبدُ فإن كان فى يد البائع أُقِرّ فى يَدِه ، ولم يكن للمشترى طلبُه . لأنه لا يدّعيه . وعلى البائع رَدّ الثمن إليه . لأنّه لم يصل إليه المعقودُ عليه ، وإن كان فى يد المشترى فعليه رَدُّه إلى البائع . لأنه لم يعترف أنّه لم يشتره . وليس للبائع طلبُه إذا بُذِلَ له ثمنُه لاعترافه ببيعه ، وإن لم يُعطِه ثمنَه فلَهُ فسخُ البيع ، واسترجاعُه . لأنه تعذّر عليه الوصولُ

إلى ثمنه ، فملكَ الفسخَ ، كما لو أفلس المشترى . وإن أقام كلُّ واحدٍ منهما بيّنةً بدعواه ، ثبت العقدان . لأنّهما لا يتنافيان ، فأشبه ما لو ادّعى أحدُهما البيعَ فيهما جميعاً ، وأنكره الآخرُ . وإن أقام أحدُهما بيّنةً بدعواه دون الآخر . ثبت ما قامت عليه البيّنةُ دونَ ما لم تقمْ عليه .

٣٠٤١ (فصل) فإن اختلفا فى صفة الثمن رُجِعَ إلى نقد البلد . نصّ عليه فى رواية الأثرم . لأنّ الظاهر أنّهما لا يعقدان إلاّ به ، وإن كان فى البلد نقودٌ رُجِع إلى أوسطها . نصّ عليه فى رواية جماعةٍ . فيحتملُ أنّه أراد إذا كان هو الأغلبَ . والمعاملةُ به أكثر . لأن الظاهر وقوع المعاملة به . فهو كما لو كان فى البلد نقدٌ واحدٌ ، ويحتملُ أنّه ردّها إليه مع التساوى ، لأنّ فيه توسُّطاً بينهما ، وتسويةً بين حقّيْهما ، وفى العدول إلى غيره ميلٌ على أحدهما ، فكان التوسُّط أولى ، وعلى مُدّعِى ذلك اليمينُ . لأنّ ما قاله خصمُه محتمَل . فتجب اليمينُ لنفى ذلك الاحتمال ، كوجوبها على المُنكر . وإذا لم يكن فى البلد إلاّ نقدان مُتساويان . فينبغى أن يتحالفا ، لأنّهما اختلفا فى الثمن على وجهٍ لم يترجّح قولُ أحدهما . فيتحالفان . كما لو اختلفا فى قدره .

٣٠٤٢ (فصل) وإن اختلفا فى أجَلٍ ، أو رَهْنٍ ، أو فى قَدْرِهما ، أو فى شرطِ خيارٍ ، أو ضَمِينٍ ، أو غير ذلك من الشروط الصحيحة . ففيه روايتان :

إحداهما : يتحالفان . وهو قولُ الشافعىّ . لأنّهما اختلفا فى صفةِ العقد ، فوجب أن يتحالفا ، قياساً على الاختلاف فى الثمن .

والثانيةُ : القولُ قولُ من ينفى ذلك مع يمينه . وهو قولُ أبى حنيفة ، لأنّ الأصلَ عَدمُه ، فالقولُ قولُ من ينفيه ، كأصل العقد . لأنه مُنكرٌ والقولُ قولُ المُنكِر .

٣٠٤٣ (فصل) وإن اختلفا فيما يُفسِدُ العقد ، أو شرطٍ فاسد ، فقال : بعتُك بخمْرٍ ، أو خيارٍ مجهولٍ . فقال : بل بعتَنِى بنقْدٍ مَعْلُومٍ ، أو خيارِ ثلاثٍ . فالقولُ قولُ مَنْ يدّعى الصحّة مع يمينه . لأن ظهور تعاطى المُسلِم الصحيحَ أكثرُ من تعاطيه للفاسد ، وإن قال : بعتُك مُكرَهاً ، فأنكره ، فالقولُ قولُ المشترى . لأن الأصلَ عدَمُ الإكراه ، وصحّةُ البيع ، وإن قال : بعتُك وأنا صبىّ ، فالقولُ قولُ المشترى . نصّ عليه . وهو قول الثورىّ ، وإسحاق . لأنّهما اتفقا على العقد ، واختلفا فيما يُفسِدُه . فكان القولُ قولَ من يدّعى الصحّة ، كالتى قبلها ، ويحتملُ أن يُقبل قولُ من يدّعِى الصِّغَر ، لأنه الأصلُ . وهو قول بعض أصحاب الشافعىّ . ويفارق ما إذا اختلفا فى شرطٍ فاسدٍ ، أو إكراهٍ ، لوجهين .

أحدهما : أن الأصلَ عدمُه . وههنا الأصلُ بقاؤه .

والثانى : أن الظاهر من المُكلَّف أنه لا يتعاطى إلاّ الصحيحَ . وههنا ما ثبت أنّه كان مُكلَّفاً ،

وإن قال: بعتُك وأنا مجنونٌ. فإن لم يُعلم له حالُ جنون، فالقولُ قولُ المشترى. لأنّ الأصلَ عدمُه. وإن ثبت أنه كان مجنوناً فهو كالصبيّ، ولو قال العبدُ: بعتُك وأنا غيرُ مأذونٍ لى فى التّجارةِ. فالقولُ قولُ المشترى. نصّ عليه فى روايةِ مهنا، لأنّه مُكَلّف، والظاهرُ: أنه لا يَعْقِدُ إلاّ عقداً صحيحاً.

٣٠٤٤ (فصل) وإن مات المتبايعان، فورثتهما بمنزلتهما فى جميع ما ذكرناه، لأنّهم يقومون مقامهما فى أخذ مالهما، وإرْثِ حُقوقهما، فكذلك ما يَلْزَمُهما، أو يَصيرُ لهما.

٣٠٤٥ (فصل) وإن اختلفا فى التسليم فقال البائعُ: لا أسلّم المبيعَ حتى أقبضَ الثمنَ، وقال المشترى: لا أسلّم الثمن حتى أقبض المَبيع، والثمنُ فى الذّمة أُجْبِرَ البائعُ على تسليم المبيع، ثم أُجْبِر المشترى على تسليم الثمن، فإن كان عيناً، أو عَرْضاً بعَرْضٍ، جُعِل بينهما عَدْلٌ، فيقبض منهما، ثم يسلّم إليهما، وهذا قول الثوريّ، وأحدُ قولى الشافعيّ. وعن أحمد ما يدلّ على أنّ البائعَ يُجْبَر على تسليم المبيع على الإطلاق، وهو قولٌ ثانٍ للشافعيّ. وقال أبو حنيفة، ومالك: يُجْبَرُ المشترى على تسليم الثمن. لأن للبائع حَبْسَ المبيع على تسليم الثمن، ومن استحَقّ ذلك لم يكنْ عليه التسليمُ قبل الاستيفاء كالمرتهن.

ولنا: أن تسليم المبيع يتعلّق به استقرار البيع وتمامُه. فكان تقديمُه أولى، سيّماً معَ تعلّق الحُكم بعَيْنه، وتعلّق حَقّ البائع بالذمّة، وتقديم ما تَعلّق بالعين أولى، لتأكّده. ولذلك يُقَدّم الدَّيْنُ الذى به الرهنُ فى ثمنه، على ما تَعلّق بالذمّة ويُخالف الرهنَ، فإنّه لا تتعلّق به مَصْلَحةُ عقدِ الرهن، والتسليمُ ههنا يتعلّق به مصلَحةُ عقدِ البيع، وأمّا إذا كان الثمن عَيْناً، فقد تعلّق الحقُّ بعينه أيضاً، كالمبيع، فاستويا، وقد وجب لكلٍّ واحدٍ منهما على صاحبه حقٌّ قد استُحِقّ قبضُه، فأُجْبِرَ كل واحدٍ منهما على إيفاءِ صاحبه حَقّهُ.

ووجه الرواية الأخرى: أن الذى يتعلّق به استقرارُ البيع وتمامُه هو المَبيعُ، فوجبَ تقديمُه، ولأنّ الثمن لا يتَعَيَّنُ بالتعيين، فأشبه غيرَ المعَيَّن.

إذا ثبت هذا: وأوجبنا التسليمَ على البائعِ فسلّمه، فلا يخلُو المشترى من أن يكون مُوسِراً، أو مُعْسِراً: فإن كان مُوسِراً، والثمنُ معه أُجْبِرَ على تسليمه، وإن كان غائباً قريباً فى بَيْتِه، أو بلده حُجِرَ عليه فى المَبيع، وسائرِ مالِه حتّى يُسَلِّم الثمنَ، خَوْفاً من أن يتصرّف فى ماله تصرّفاً يضرّ بالبائع، وإن كان غائباً عن البلد فى مسافة القَصر، فالبائعُ مُخَيّر بين أن يَصْبِرَ إلى أن يجدَ، وبين فَسْخِ العَقْد، لأنه قد تَعَذّرَ عليه الثمنُ، فهو كالمُفْلِس، وإن كان دون مسافةِ القصر، فله الخيارُ فى أحد الوجهين، لأنّ فيه ضرَراً عليه، والثانى: لا خِيارَ لهُ، لأن مادون مسافةِ القصرِ بمنزلة الحاضر، وإن كان المشترى مُعْسِراً فللبائع الفسخُ فى الحال، والرجوعُ فى المبيع، وهذا كلّه مذهبُ الشافعيّ، ويَقْوَى عندى: أنه لا يَجبُ عليه تسليمُ المبيع، حتّى

يحضر الثمن ، ويتمكنَ المشترى من تسليمه ، لأنّ البائع إنّما رَضى ببذل المبيع بالثمن ، فلا يلزمه دفعُه قبل حصول عِوَضِه ، ولأنّ المتعاقدَيْن سواء فى المعاوَضة ، فيستويان فى التسليم ، وإنّما يُؤثّر ما ذكر من الترجيح فى تقديم التسليم مع حضور العِوَضِ الآخَرِ ، لعَدَم الضرر فيه ، وأما مع الخطر المُخْوِج إلى الحَجْر ، أو المُجْوِز للفَسْخ ، فلا ينبغى أن يثبُت ، ولأن شرع الحَجْرِ لا يندَفِعُ به الضررُ ، ولأنه يقف على الحاكم ، ويتعذّرُ ذلك فى الغالب ، ولأن ما أثبت الحجرَ ، والفسخَ بعد التسليم ، فهو أولى أن يَمْنَع التّسليم ، لأن المنع أسهلُ من الرَّفع ، والمنعُ قبلَ التسليم أسهلُ من المنع بعده ، ولذلك ملكت المرأةُ مَنْعَ نَفْسِها قبلَ قَبْضِ صَداقِها ، قبلَ تسليم نفسها ، ولم تَمْلِكْهُ بعدَ التسليم ، ولأن للبائع منعَ المَبيعِ قبل قبض ثمنه ، أو كونِه بمنزلة المقبوض ، لإمكان تَقْبيضه ، وإلاّ فلا ، وكلّ موضع قلنا : له الفسخُ ، فله ذلك بغير حُكْمِ حاكم ؛ لأنه فسخٌ للبيع ، للاعسارِ بثمنه ، فملَكَهُ البائعُ ، كالفسخِ فى عَيْنِ مالِه إذا أفلس المشترى ، وكلّ مَوْضعٍ قلنا : يُحْجَرُ عليه ، فذلك إلى الحاكم ، لأنّ ولايةَ الحَجْرِ إليه .

٣٠٤٦ (فصل) فإن هرب المشترى قبلَ وزْنِ الثمن ، وهو مُعْسِرٌ ، فللبائع الفسخُ فى الحال ، لأنّه إذا ملك الفسخ مع حضوره ، فمع هربه أولى ، وإن كان مُوسراً أثبت البائعُ ذلك عند الحاكم ، ثمّ إن وجد الحاكمُ له مالاً ، قضاهُ ، وإلا باع المبيعَ ، وقَضى ثمنَه منه ، وما فَضَل فهو للمشترى ، وإن أعْوَزَ ففى ذِمَّته ، وَيقْوَى عندى أنّ للبائع الفسخَ بكلّ حالٍ ، لأنّنا أبَحْنا له الفسخَ مع حضوره ، إذا كان الثمنُ بعيداً عن البلد ، لما عليه من ضرر التأخير ، فههنا مع العَجْزِ عن الاستيفاء بكلّ حالٍ أولى ، ولا يندفعُ الضررُ برفع الأمرِ إلى الحاكِم ، لعجز البائع عن إثباته عند الحاكِم ، وقد يكونُ البيعُ فى مكانٍ لا حاكمَ فيه ، والغالبُ أنّه لا يحضره مَنْ يقبلُ الحاكمُ شهادتَه ، فإحالتُه على هذا تضييعٌ لمالِه ، وهذه الفروعُ تُقوِّى ما ذكرته من أنّ للبائعِ منعَ المشترى من قَبْض المَبيع قبلَ إحضار ثمنه ، لما فى ذلك من الضرر .

٣٠٤٧ (فصل) وليس للبائع الامتناعُ من تسليم المَبيع بعد قبض الثمن ، لأجْل الاستبراء ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . وحُكِى عن مالك فى القَبيحة ، وقال فى الجميلة : يَضعُها على يدى عَدْلٍ حتى تُسْتَبْرأ ، لأنّ التهمة تَلْحَقُهُ فيها ، فمُنِع منها .

ولنا : أنه بيعُ عَيْنٍ لا خيار فيها ، قد قُبض ثمنها . فوجب تسليمُها كسائر المبيعات ، وما ذكروه من التهمة لا يُمكِّنه من التسلّط على مَنْعه من قَبْض مملوكته . كالقَبيحة . ولأنّه إذا كان استبرأها قبل بيعها . فاحتمالُ وجود الحمل فيها بعيدٌ نادرٌ . وإن كان لم يستبرئها . فهو ترك التحفّظ لنفسه . ولو طالب المشترى البائعَ بكفيل . لئلاّ تظهرَ حاملاً لم يكنْ له ذلك . لأنه ترك التحفُّظَ لنفسه حال العقد . فلم يكن له كفيلٌ . كما لو طلب كفيلاً بالثمن المؤجّل .

٣٠٤٨ « مسألة » قال ﴿ ولا يجوز بيعُ الآبِق ﴾

وجملته : أن بيع العبدِ الآبق لا يصحُّ ، سواء علم مكانَهُ ، أو جَهِلَهُ . وكذلك ما فى معناه من الجملِ الشّاردِ ، والفَرسِ العائرِ[1] ، وشبههما . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المُنذِر ، وأصحاب الرأى . ورُوى عن ابن عمر « أَنّهُ اشْتَرَى مِنْ بَعْضِ وَلَدِهِ بَعِيراً شَارِداً » وعن ابن سيرين : لا بأس ببيع الآبق إذا كان عِلْمُهُما فيه واحداً ، وعن شُرَيْحٍ مثلُهُ .

ولنا : ما روى أبو هريرة قال « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّم عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ ، وعَنْ بَيْعِ الغَرَرِ » رواه مسلم . وهذا بيعُ غَررٍ . ولأنّه غيرُ مقدورٍ على تسليمه ، فلم يَجُز بيعُه ، كالطير فى الهواء ، فإن حَصَلَ فى يد إنسانٍ جاز بيعُه ، لإمكان تسليمه .

٣٠٤٩ « مسألة » قال ﴿ ولا الطائر قبل أن يُصَاد ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا باع طائراً فى الهواء لم يصحّ ، مملوكاً أو غيرَ مملوك . أمّا المملوكُ ، فلأنّه غيرُ مقدور عليه ، وغيرُ المملوك لا يجوز لعلّتَيْن . إحداهما : العجزُ عن تسليمه . والثانيةُ أنّه غيرُ مملوك له ، والأصلُ فى هذا نَهْىُ النبيِّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّم عن بيع الغَرَرَ . وقيل فى تفسيره : هو بيعُ الطيرِ فى الهواء ، والسمكِ فى الماء . ولانعلم فى هذا خلافاً ، ولافرق بين كون الطائر يألَفُ الرجوعَ ، أو لا يألفه . لأنّه لا يَقْدِرُ على تسليمه الآن . وإنما يقْدِرُ عليه إذا عادَ .

فإن قيل : فالغائب فى مكانٍ بعيدٍ لا يقدرُ على تسليمه فى الحال .

قلنا : الغائبُ يَقدِرُ على استحضاره . والطيرُ لا يقدِرُ صاحبُه على ردّه إلا أن يرجعَ هو بنفسه ، ولا يستقلُّ مالكُه بردّه . فيكون عاجزاً عن تسليمه ، لعجزه عن الواسطة التى يحصُلُ بها تسليمُهُ ، بخلاف الغائب . وإن باعه الطيرَ فى البُرْجِ نظرتَ : فإن كان البرجُ مفتوحاً لم يَجُزْ . لأنّ الطيرَ إذا قدَر على الطيران لم يُمكن تسليمهُ ، فإن كان مُغْلقاً ويُمكن أخذُه جاز بيعُه . وقال القاضى : إن لم يمكن أخذُه إلاّ بتعَبٍ ومشقّةٍ لم يجز بيعُه . لعدم القُدرة على تسليمه . وهذا مذهبُ الشافعى . وهو مُلغًى بالبعيد الذى لا يُمكن إحضارُه إلاّ بتعَبٍ ومشَقّةٍ . وفرقوا بينهما بأن البعيد تُعلَمُ الكُلْفةُ التى يَحتاجُ إليها فى إحضاره بالعادة ، وتأخيرُ التسليم مُدّتهُ مَعلومةٌ . ولا كذلك فى إمساك الطائر . والصحيحُ إن شاء الله تعالى أنّ تفاوتَ المُدّةِ فى إحضار البعيد ، واختلافَ المَشَقّةِ أكثرُ من التفاوت ، والاختلافُ فى إمساك طائرٍ من البُرْجِ ، والعادةُ تكون فى هذا كالعادة فى ذاك . فإذا صحّ فى البعيد مع كثرةِ التفاوُتِ وشدّةِ اختلاف المَشقّة . فهذا أولى .

٣٠٥٠ « مسألة » قال ﴿ ولا السمك فى الآجام ﴾

(١) العائر : الذى انفلت من صاحبه .

هذا قول أكثر أهل العلم . رُوِىَ عن ابن مسعود أنَّه نَهى عنه ، وقال : إنَّه غَرَرٌ، وكره ذلك الحسنُ ، والنخَعِىّ ، ومالك ، وأبو حنيفة ، والشافعىّ ، وأبو يوسف ، وأبو ثور . ولا نعلم لهم مُخالفاً . لما ذكرنا من الحديث ، والمعنى لا يجوز بيعُه فى الماء ، إلاّ أن يجتمعَ ثلاثةُ شروطٍ . أحدها : أن يكون مملوكاً . الثانى : أن يكون الماء رَقِيقاً ، لا يمنعُ مُشاهدتَه ، ومَعْرِفَتَهُ . الثالث : أن يُمكن اصطيادُه ، وإمساكُه . فإن اجتمعت هذه الشروط جاز بيعُه . لأنّه مملوك ، معلوم ، مقدور على تسليمه . فجاز بيعُه ، كالموضوع فى الطَّسْتِ . وإن اختلّ شرطٌ مما ذكرنا ، لم يَجُز بيعُه لذلك . وإن اختلّت الثلاثةُ لم يَجُز بيعُه لثلاثِ عِلَلٍ ، وإن اختلّ اثنان منها لم يَجُز بيعُه لِعِلَّتَيْنِ . ورُوى عن عمر بن عبد العزيز ، وابن أبى ليلى ، فيمن له أَجَمَةٌ يَحْبِسُ السَّمكَ فيها ، يجُوز بيعُـه . لأنهُ يَقْدِرُ على تسليمه ظاهراً . أشبه ما يحتاجُ إلى مُؤْنةٍ فى كيله ، ووَزْنه ، و نَقْلِهِ .

ولنا : ما رُوِى عن ابن عمر ، وابن مسعود : أنّهما قالا « لاَ تَشْتَرُوا السَّمَكَ فِى المَاءِ ، فَإِنهُ غَرَرٌ » ولأنّ النبىّ صَلَّى الله عليه وسلم نَهى عن بيع الغَرَرِ ، وهذا منه . ولأنه لا يقدر على تسليمه إلاّ بعد اصطياده أشبهَ الطيرَ فى الهواء ، والعَبْدَ الآبِقَ ، ولأنّه مجهولٌ ، فلم يَصحّ بيعُه ، كاللبن فى الضرع ، والنوى فى التمر ، ويُفارق ما ذكروه ، لأنّ ذلك من مُؤْنةِ القَبْضِ ، وهـذا يحتاج إلى مُؤْنةٍ ليُمكنَ قبضُه ، فأمّا إن كانت له بِرْكَةٌ فيها سمكٌ له ، يمكنُ اصْطِيادُه بغير كُلفةٍ ، والماء رقيقٌ لا يمنع مُشاهدَتَهُ ، صحّ بيعُه ، وإن لم يُمكن إلا بمَشَقّةٍ ، وكُلْفةٍ يَسيرةٍ ، بمنزلة كُلْفةِ اصطيادِ الطائرِ من البُرْجِ . فالقول فيه كالقول فى بيع الطائر فى البُرج ، على ما ذكرنا فيه من الخلاف ، وإن كانت كثيرةً ، وتتطاول المدّةُ فيه ، لم يجُز بيعُه ، للعجز عن تسليمه ، والجهل بوَقْتِ إمكان التسليم .

٣٠٥١ (فصل) إذا أعدّ بِرْكةً ، أو مِصْفَاةً ليصطادَ فيها السمك ، فحصلَ فيها سَمكٌ مَلَكَهُ . لأنه آلةٌ مُعَدّةٌ للاصطياد ، فأشبه الشبكةَ ، ولو استأجرَ البِرْكةَ ، أو الشَّبَكةَ ، أو استعارهما للاصطياد جاز ، وما حصل فيهما ملَكه ، وإن كانت البِرْكةُ غيرَ مُعَدّةٍ للاصطياد ، لم يَملكْ ما حصل فيها من السمك . لأنّها غيرُ مُعَدّةٍ له . فأشبهت أرضه ، إذا دخل فيها صيد ، أو حصل فيها سمكٌ . ومتى نَصَب شَبَكةً ، أو شَرَكاً ، أو فَخّاً ، أو أُحْبُولَةً ملكَ مَا وقع فيها مِنَ الصَّيْد . لأنه بمنزلة يَدِه . وكذلك لو نصب المَنَاجِلَ للصَّيد ، وسَمَّى فقَتَلت صَيْداً ، حَلّ لَهُ أكْلُهُ . وكان كذبحه . ولو وقع فى شبكته ، أو شبههما شىء كان مَضْموناً عليه ، فعُلِمَ بذلك أنه كَيدِهِ . ولو أعدّ لمياهِ الأمطار مَصَانِعَ[1] أو بِرَكاً ، أو أوانِىَ ، ليحصُلَ فيها الماء ملَكَهُ بحصُولِهِ فيها . لأنّها فى باب الإعداد ، كالشباك للاصطياد ، ولو أعـدّ سَفينةً

---

(١) المصانع جمع مصنع ، وهى الأرض يحفظ فيها الماء تشبه الحوض .

للاصطياد ، كالتى يُجعَلُ فيها الضوء ، ويَضربُ صَوانِيَ الصُّفْرِ[١] لِيَثِبَ السَّمكُ فيها ، كان حصُولُه فيها ، كحصوله فى شبكته ، لكونها صارت من الآلات المعدّة له ، ولو لم يُعِدَّها لذلك ، لم يملك ما وقع فيها. ومن سبق إليه ، فأخذه ، ملَكَهُ ، كالأرضِ التى لم تُعَدّ للاصطياد ، مثلُ أرض الزَّرْع ، إذا دخلها ماء فيه سَمَكٌ ، ثمّ نضبَ عَنْهُ ، أو دخل فيها ظَبْيٌ ، أو عَشَّشَ فِيهَا طَائِرٌ ، أو سقط فيها جَرَادٌ ، أو حَصَل فيها مِلْحٌ ، لم يَمْلِكْهُ صاحبها لأنه ليس من نماء الأرض ، ولا مما هى مُعَدَّةٌ له ، لكنه يكون أَحَقَّ به . إذ ليس لغيره التخطِّى فى أرضه ، ولا الانتفاعُ بها ، فإن تخطَّى ، وأخذه ، أخطأ ، وملَكَهُ . قال أحمدُ فى وَرَشَانٍ[٢] على نَخْلةِ قَوْمٍ صَادَهُ إِنْسَانٌ : هُوَ للصَّائِدِ ، وقال فى طَيْرَةٍ لقوم أفْرخَتْ فى دَارِ جِيرانهم : إنّ الفرخ يتْبَعُ الأمَّ ، يَرُدّ فِرَاخها عَلَى أَصْحَابِ الطَّيْرَةِ . واختار ابنُ عقيل فى المأخوذ من أملاك الناس من صَيْدٍ ، وكَلَأٍ ، وشِبْهِهِ . أنَّه لا يملكهُ بأخْذِه ، لأنّه سببٌ مَنْهِيٌّ عنه ، فلم يُفِدِ الملكَ ، كالبيع المنهيّ عنه . إذ السبب لا يختلفُ بين كونه بَيْعاً أو غيرَه . لقوله عليه السلام « مَنْ عَمِلَ عَملاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ » والصحيح الأولُ . ولا نسلّم أن السبب منهيّ عنه ، فإنّ السببَ الأخذُ ، وليس بمنهيّ عنه . إنما نُهِيَ عن الدخول ، وهو غيرُ السبب ، بخلاف البيع ، ولأن النهيَ ههنا لحقّ آدَميّ ، فلا يمنعُ الملكَ ، كبيع المُصَرَّاةِ ، والمَعِيب ، وتَلَقِّي الرُّكبَانِ[٣] ، والنَّجْشِ[٤] ، وبَيعِهِ على بَيْعِ أخيه . ولو أعدّ أرضَه للملح ، فجعلها مَلاَّحةً ليحصُل فيها الماء ، فيصيرَ مِلْحاً ، كالأرض التى على ساحل البحر ، يجعلُ إليها طريقاً للماء . فإذا امتلأتْ قَطَعه عنها ، أو تكون أرضه سَبِخَةً يفتح إليها الماء من عين ، أو يجمعُ فيها ماء المطر ، فيصيرُ مِلحاً ، ملَكَهُ بذلك . لأنها مُعَدَّةٌ له . فأشبهت الشَّبَكَةَ المُعَدّةَ للصيد . وإن لم يكن أعدّها لذلك ، لم يملك ما حصل فيها ، كما قدّمنا فى مثلها .

فإن قيل : فقد رُوِى عن أحمد فى إنسان رَمَى طَيْراً بِبُنْدُقٍ فَوَقَع فى دَارِ قَوْمٍ ، فهو لهم دُونَهُ ، وهذا يدلّ على أنهم مَلَكُوهُ بحصُوله فى دارهم ؟

---

(١) الصفر : نوع من أنواع النحاس .

(٢) الورشان : طائر يسمى ساق حر ، ولحمه أخف من لحم الحمام .

(٣) تلق الركبان : أن يخرج التاجر ليقابل أهل الأرياف الذين يحضرون ببضاعتهم فيشتريها منهم بسعر رخيص قبل أن يعرفوا سعر السوق فى البلد .

(٤) النجش: أنواع ، منها : أن تواطىء إنساناً يريد بيع شىء على أن تمدحه حتى يشتريه الناس بناء على مدحك ، ومنها أن يريد إنسان بيع شىء فتساومه بثمن كثير لينظر إليك غيرك فيقع فيه ، ومنها أن يصرف أنظار المشترين عن الشىء حتى يذهبوا لشراء غيره .

قلنا : هذا محمول على أنه وقع مُمْتَنِعاً ، فصاده أهلُ الدار ، فملكوهُ باصطيادهم ، كذلك قال ابنُ عقيل . ويتعين حملُه على هذا . لأنهم إذا لم يملكوا ما حصَلَ فى دارهم بفعل الله تعالى ، فما حصل بفعل آدمىّ أولى ، ولأنه وقع فى الدار بعد الضَّرْبَةِ المُثْبِتَةِ له ، التى يُمْلَكُ بها الصَّيْدُ . فأشبه ما لو أطارت الريحُ ثوبَ إنسانٍ فألقته فى دارهم ، ولو كانت آلةُ الصيدِ كالشَّبَكَةِ ، والشَّرَكِ ، والمَنَاجِلِ غيرَ مَنْصُوبةٍ للصيد ، ولا قصدَ بها الاصطيادَ ، فتعلّق بها صيدٌ ، لم يملكْهُ صاحبُها بذلك . لأنها غيرُ مُعَدَّةٍ للصيد فى هذه الحال . فأشبهت الأرضَ التى ليست مُعَدَّةً لهُ .

٣٠٥٢ (فصل) وما حصلَ من الصيد فى كَلْبِ إنسان ، أو صَقْرِهِ ، أو فَهْدِهِ ، وكان استرسل بإرسال صاحبه ، فهو له . لأنه آكدُ من الشبكة . لأنه حيوانٌ يحصُل بفعله ، وقصده ، وإرسال صاحبه ، فهو كسَهْمِهِ . ولأنّ الله تعالى قال (٥ : ٤ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ) وإن استرسل بنفسه ، فحكمهُ حكمُ الصيد الحاصلِ فى أرضِ إنسان ، فى أنه لا يملكهُ . وليس لغيره أخذُه . فإن أخذه غيرُه ملكهُ كالكلأ ، وكذلك ما يحصُل فى بَهِيمةِ إنسانٍ ، من الحَشِيشِ فى المَرْعَى .

٣٠٥٣ « مسألة » قال ﴿ والوكيل إذا خالف فهو ضامن ، إلاّ أن يرضى الآمرُ ، فيلزمه ﴾ وجملة ذلك : أن الوكيلَ إذا خالف مُوَكِّلَهُ ، فاشترى غيرَ ما أمرَهُ بشرائِهِ أو باع ما لم يُؤْذَنْ له فى بَيْعِهِ ، أو اشترى غيرَ ما عَيَّنَ لهُ . فعليه ضمانُ ما فَوَّتَ على المالك ، أو تلفَ . لأنه خرج عن حال الأمانة ، وصار بمنزلة الغاصب . فأما قولهُ « إلاَّ أنْ يرضَى الآمرُ فيلزَمهُ » يعنى إذا اشترى غيرَ ما أمر بشرائه ، بثمنٍ فى ذِمَّتِهِ ، فإنَّ الشِّراء صحيحٌ ، ويقفُ على إجازة المُوَكِّل . فإن أجازه لزمهُ . وعليه الثمنُ . وإن لم يقبل لزمَ الوكيلَ . ويَتعيَّنُ حملُه على هذه الصورة . لأنه قد بَيَّن فى موضعٍ آخرَ . فقال : إلاّ أنْ يكون اشتراهُ بِعَيْنِ المالِ . فيبطلُ الشّراء . وذكره فى كتاب العتق أيضاً ، فلذلك تعيَّن حملُ هذه المسألة على ما قلنا ، وإنما صحّ الشراء . لأنَّه مُتصرِّف فى ذِمَّته ، لا فى مال غيره ، وسواء نقدَ الثمنَ من مالِ المُوَكِّل أم لا ، لأن الثمن هو الذى فى الذمّة ، والذى نَقدَه عِوَضهُ ، ولذلك قلنا : إنه إذا اشترى فى الذمّة ، ونقدَه الثمنَ بعد ذلك ، كان له البدلُ . وإن خرج مَغْصُوباً لم يبطُل العقدُ ، وإنما وُقف على إجازة الآمرِ . لأنه قصَدَ الشِّراءَ لهُ . فإن أجازه لزمَهُ ، وعليه الثمنُ ، وإن لم يقبلْه لزمَ مَن اشتراه .

٣٠٥٤ (فصل) وإن اشترى بعين مال الآمرِ ، أو باع بغير إذنه ، أو اشترى لغير مُوَكِّلِهِ ، شيئاً بعين ماله ، أو باع مالهُ ، بغير إذنه ، ففيه روايتان :

إحداهما : البيعُ باطلٌ . ويجبُ رَدُّه ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، وأبى ثور ، وابن المنذر .

والثانية : البيعُ والشّراء صحيحان ، ويقف على إجازة المالك ، فإن أجازه نفذَ ولزم البيعُ ، وإن

لم يجزه بطل ، وهذا مذهب مالك ، وإسحاق ، وقول أبي حنيفة في البيع . فأما الشراء فعنده يقع للمشتري ، بكل حال .

ووجه هذه الرواية : ما روى عروة بن الجعد البارقي ، رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به شاة ، فاشترى شاتين ثم باع إحداهما ، بدينار في الطريق . قال : فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم ، بالدينار ، والشاة فأخبرته فقال : بارك الله لك في صفقة يمينك » رواه الأثرم ، وابن ماجه . ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه ، فيجب أن يقف على إجازته ، كالوصية .

ووجه الرواية الأولى : قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام «لا تبع ما ليس عندك » رواه ابن ماجه، والترمذي ، وقال حديث : حسن صحيح ، يعني مالا تملك . لأنه ذكره جوابا له حين سأله : أنه يبيع الشيء ثم تمضي فيشتريه ، ويسلمه ، ولاتفاقنا على صحة بيع مال الغائب ، ولأنه باع مالا يقدر على تسليمه ، فأشبه الطير في الهواء ، والوصية يتأخر فيها القبول عن الإيجاب ، ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ، ويجوز فيها من الغرر ما لا يجوز في البيع ، فأما حديث عروة فنحمله على أن وكالته كانت مطلقة . بدليل أنه سلم وتسلم ، وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا .

٣٠٥٥ (فصل) ولا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها ليمضي ويشتريها ، ويسلمها رواية واحدة وهو قول الشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفا ، لأن حكيم بن حزام قال للنبي صلى الله عليه وسلم « إن الرجل يأتيني فيلتمس من البيع ما ليس عندي ، فأمضي إلى السوق فأشتريه ثم أبيعه منه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تبع ما ليس عندك » .

٣٠٥٦ (فصل) ولو باع سلعة ، وصاحبها حاضر ، ساكت ، فحكمه حكم ما لو باعها من غير علمه ، في قول أكثر أهل العلم . منهم أبو حنيفة ، وأبو ثور ، والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى : سكوته إقرار : لأنه دليل على الرضى ، فأشبه سكوت البكر في الإذن في نكاحها .

ولنا : أن السكوت محتمل ، فلم يكن إذنا ، كسكوت الثيب . وفارق سكوت البكر ، لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها . وليس ذلك بموجود ههنا .

٣٠٥٧ (فصل) وإذا وكل رجلين في بيع سلعته ، فباع كل واحد منهما السلعة من رجل ، بثمن مسمى فالبيع للأول منهما ، روي هذا عن شريح ، وابن سيرين ، والشافعي ، وابن المنذر ، وحكي عن ربيعة ، ومالك . أنهما قالا : هي للذي بدأ بالقبض .

ولنا : أنه قد روي في حديث « إذا باع المجيزان فهو للأول » رواه ابن ماجه ، ولأن

الوكيل الثانى زالتْ وكالتُه بانتفاء ملك المُوَكِّل عن السِّلعة . فصار بائعاً ملكَ غيره بغير إذْنِه . فلم يصحّ ، كما لو قبض الأول ، أو كما لو زَوّج أحدُ الوليَّيْن بعدَ الأول .

٣٠٥٨ « مسألة » قال ﴿ وبيعُ الملامسةِ ، والمُنابَذةِ غيرُ جائز ﴾ .

لا نعلمُ بين أهل العلم خلافاً فى فساد هذين البَيْعين . وقد صحّ أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ المُلاَمَسةِ والمُنَابَذَةِ » متّفق عليه ، والملامَسةُ : أنْ يبيعه شيئاً ولا يُشاهِدَهُ على أنه مَتَى لَمَسَهُ وقَع البيعُ ، والمُنابَذَةُ ، أن يقول : أىُّ ثَوْبٍ نبذْتَه[1] إلىَّ فقد اشتَرَيتُه بكذا . هـذا ظاهر كلام أحمد ، ونحوَه ، قال مالك ، والأوزاعىّ ، وفيما رَوى البخارىّ « أنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّمَ نَهَى عَنِ المُنَابَذةِ ، وَهِىَ طَرْحُ الرَّجُلِ ثَوْبَهُ بِالْبَيْعِ إلَى الرَّجُلِ قَبْلَ أنْ يُقلِّبهُ أوْ يَنْظُرَ إلَيْهِ ، وَنَهَى عَنِ المُـلاَمَسةِ لَمْسِ الثَّوْبِ لاَ يَنْظُرُ إلَيْهِ » ورَوى مسلم فى صحيحه ، عن أبى هريرة فى تفسيرها ، قال : هُوَ لَمْسُ كلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا ثَوْبَ صَاحِبِهِ بِغَيْرِ تَأمُّلٍ . والمُنَابَذَةُ : أنْ يَنْبِذَ كُلُّ وَاحِدٍ ثَوْبَهُ وَلَمْ يَنْظُرْ كُلُّ واحِدٍ مِنْهُمَا إلى ثَوْبِ صَاحِبِهِ » وعلى ما فسّرناه به لا يصحّ البيـعُ فيهما لعلّتَيْن . إحداهما : الجَهالَةُ . والثانية : كونُه مُعَـلَّقا على شرط . وهو نَبْذُ الثوب إليه ، أو لمسُه له ، وإن عقد البيع قبل نَبْذِه ، فقال : بعتُكَ ماتلمَسُهُ مِنْ هذهِ الثِّياب ، أوما أنبذُه إليك ، فهو غيرُ مُعَـيَّن ، ولا موصوف . فأشبه مالو قال : بعتُك واحداً منها .

٣٠٥٩ (فصل) ومن البيُوع المنهىّ عنها : بيعُ الحَصَاةِ . فإنّ أبا هريرة روى « أنّ النبىّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الحَصَاةِ » رواه مسلم . واختـلف فى تفسيره : فقيل : هو أن يقول : إرْمِ هَذهِ الحَصَاةَ فَعلَى أىِّ ثَوْبٍ وَقَعَتْ فَهُوَ لَكَ بِدِرْهَمٍ ، وقيل : هو أن يقول بعتُكَ مِنْ هَذهِ الأرض مِقْدَارَ مَا تَبْلغُ هَذهِ الحصاةُ إذَا رَمَيْتَها بكذَا ، وقيل : هو أن يقول : بعتُك هذا بكذا ، على أنّى متَى رَمَيْتُ هَذهِ الحَصَاة وَجَبَ البَيْـعُ . وكلّ هذه البيُوع فاسدةٌ ، لما فيها من الغرَر والجهْـل . ولا نعلمُ فيه خلافاً .

٣٠٦٠ (فصل) ورَوى أنس قال : « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم عَنِ المُحاقَلَةِ ، والمُخَاضَرةِ ، والمُـلاَمَسَةِ والمُـنَابَذَةِ » أخرجه البخارىّ . والمُخاضَرة : بَيْعُ الزَّرْعِ الأخْضَرِ ، والثمرةِ قبلَ بُدُوّ صلاَحِها ، بغير شَرْط القَطْعِ ، والمُحَاقَلةُ : بَيْـعُ الزَّرْعِ بِحَبٍّ مِنْ جِنْسِهِ . قال جابر : « المُحَاقَلةُ أنْ يَبِيعَ الزَّرْعَ بِمائة فَرْقٍ حِنْطَةً » قال الأزهرىّ : الحقلُ القَراحُ المزروعُ ، والحواقلُ المَزارِعُ ، وفسّر أبو سعيد المُحَاقلةَ باستكراء الأرْضِ بالحِنْطَةِ .

---

(١) نبذته إلىّ ، أعطيته لى .

٣٠٦١ « مسألة » قال ﴿ وكذلك بيعُ الحملِ غيرَ أمِّه ، واللّبن فى الضرع ﴾
معناه بيعُ الحمل فى البطنِ دونَ الأمّ . ولا خلافَ فى فسادِه . قال ابنُ المنذر : وقد أجمعُوا على أنّ بَيْعَ الملاقيح ، والمَضَامينِ غيرُ جائزٍ ، وإنّما لم يجزْ بيعُ الحَمْلِ فى البطن لوجهين .
أحدهما : جَهَالَتُهُ . فإنّه لا تُعلم صفتُه ، ولا حَيَاتُه .
والثانى : أنّه غيرُ مقدور على تسليمه ، بخلاف الغائب . فإنه يقدرُ على الشروع فى تسليمه ، وقد رَوى سَعِيدُ بنُ المسيّب عن أبى هريرةَ « أن النبيَّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّمَ نَهىَ عَنْ بَيْعِ المَضَامِين وَالمَلاَقِيحِ » قال أبو عبيدة : المَلاَقِيحُ : مَا فِى البُطونِ ، وهى الأجِنَّةُ . والمَضامِينُ : مَا فِى أصْلابِ الفُحُولِ . فكانُوا يَبِيعُونَ الجَنِينَ فى بَطْنِ الناقةِ ، وَما يَضرِبُهُ الفَحْلُ فِى عامِه ، أو فى أعوام ، وأنشد :

إنّ المَضَامِينَ الّتِى فى الصُّلْبِ   مَاءُ الفُحُولِ فِى الظُّهورِ الحُدْبِ

وروى ابنُ عمر « أنَّ النبيَّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم نَهىَ عَنْ بَيْعِ المَجْرِ » قال ابن الأعرابىّ : المَجْرُ : مَا فِى بَطْنِ النَّاقَةِ ، والمَجْرُ : الرِّبا ، والمَجْرُ : القِمارُ ، والمَجْرُ : المُحَاقَلَةُ والمزَابَنَةُ .
(فصل) وقد رَوى ابن عمر عن النبىّ صلى الله عليه وسلم « أنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبَلِ الحَبَلَةِ » متفق عليه ، معناه : نتاجُ النتاج . قاله أبو عبيدة . وعن ابن عمر قال « كانَ أهْلُ الجَاهِليَّةِ يَتَبايَعُونَ لَحْمَ الجَزُورِ إلى حَبَلِ الحَبَلَةِ . وحَبَلُ الحَبَلَةِ : أن تُنْتِجَ النَّاقَةُ ثُمَّ تَحْمِلُ التى نُتِجَتْ . فنَهاهُمُ النبىُّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ » رواه مسلم ، وكلا البيعين فاسدٌ . أمّا الأول : فلأنّه بيعُ معدومٍ ، وإذا لم يجُز بيعُ الحمل فبَيْعُ حَمْلِه أولى . وأما الثانى : فلأنّه بَيْعٌ إلى أجلٍ مجهولٍ .

٣٠٦٢ (فصل) ولا يجوز بيع اللبن فى الضرع . وبه قال الشافعىّ ، وإسحاقُ ، وأصحاب الرأى . ونهى عنه ابنُ عبّاس ، وأبو هريرة . وكرهه طاوس ، ومُجاهد . وحُكِى عن مالك : يجوزُ أيامًا معلومة إذا عَرَفا حِلابَها لسَقْىِ الصبىّ ، كلبَنِ الظِّئْرِ[1] وأجازه الحسن ، وسعيدُ بن جُبَيْر ، ومحمد بن مَسْلَمَة .
ولنا : ما رَوى ابنُ عبّاس « أنَّ رَسُولَ اللهِ صلّى اللهُ عليْهِ وَسَلَّمَ نهى أنْ يُباعَ صُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ ، أوْ لبَنٌ فى ضَرْعٍ » رواه الخلال بإسناده ، ولأنّه مجهولُ الصفةِ والمِقدارِ . فأشبه الحملَ . لأنّه بيعُ عينٍ لم تَخْلَقْ . فلم يجُزْ كبيع ما تحملُ الناقةُ ، والعادة فى ذلك تختلفُ . وأمّا لبنُ الظِّئْرِ فإنّما جاز للحضَانَةِ . لأنه مَوْضِعُ حاجَةٍ .

٣٠٦٣ (فصل) واختلفت الرواية فى بيعِ الصوف على الظهر . فرُوى أنه لا يجوزُ بيعُه . لما ذكرنا

---

(١) الظئر : هى العاطفة على ولد غيرها المرضعة له من الناس وغيرهم .

من الحديث . ولأنه متّصل بالحيوان . فلم يجز إفرادُه بالعقد ، كأعضائه . ورُوى عنه : أنه يجوزُ بشرط جَزِّه في الحال . لأنه معلومٌ يمكن تسليمُه فجاز بيعُه كالرّطبة ، وفارق الأعضاء ، فإنَّه لا يُمكن تسليمُها مع سلامة الحيوان ، والخلافُ فيه كالخلاف في اللبن في الضَّرْعِ . فإن اشتراهُ بشَرْط القطع ، فتركه حتى طال ، فحكمُه حكمُ الرّطبة إذا اشتراها ، فتركها حتى طالت .

٣٠٦٤ (فصل) ولا يجوزُ بيعُ ما تُجْهَلُ صفتُه ، كالمِسك في الفأرِ[1] ، وهو الوعاء الذى يكون فيه . قال الشاعر :

إذَا التَّاجِرُ الهِنْدِيُّ جَاء بِفَأْرَةٍ مِنَ المِسْكِ رَاحَتْ فِي مَفَارِقِهِمْ تَجْرِى[2]

فإن فُتِحَ وشاهَد ما فيه جاز بيعُه ، وإن لم يُشاهده لم يجُز بيعُه ، للجهالة ، وقد قال بعضُ الشافعيّة : يجوزُ . لأنّ بقاءه في فأرِه مصلحةٌ له ، فإنَّه يَحْفَظُ رُطُوبَتَه ، وذكاء رَائِحتِهِ ، فأشبه ما مأكوله في جوْفه .

ولنا : أنه يبقى خارج وعائه من غير ضرر ، وتبقى رائحته . فلم يجُز بيعُه مَسْتُوراً ، كالدُّرِّ في الصَّدَفِ . وأما ما مأكوله في جوفه . فإخراجُه يُفضى إلى تَلَفِه . والتفصيلُ في بيعه مع وعائه ، كالتفصيل في بيع السَّمْن في ظَرْفه . ومن ذلك البيضُ في الدَّجاج ، والنوى في التمر . لا يجوزُ بيعُهما للجهل بهما . ولا نعلَمُ في هذا خلافاً نذكرُه .

٣٠٦٥ (فصل) فأما بيعُ الأعمى ، وشراؤه ، فإن أمكنه معرفةُ المَبِيع بالذَّوْق ، إن كان مطعوماً ، أو بالشمّ إن كان مَشْمُوماً . صحّ بيعُه ، وشراؤه . وإن لم يمكن ، جاز بيعُه كالبصير . وله خيارُ الخُلفِ في الصِّفَة وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة . وأثبت أبو حنيفة له الخيارَ إلى معرفتِهِ بالمَبِيع ، إما بحِسّه ، أو ذَوْقه ، أو وَصْفِه . وقال عبيد الله ابن الحسن : شراؤه جائزٌ . وإذا أمر إنساناً بالنظر إليه لزِمَهُ ، وقال الشافعىّ : لا يجوزُ إلاّ على الوجه الذى يجوزُ فيه بيعُ المجهول ، أو يكون قد رآه بصيراً ، ثم اشتراه قبلَ مُضىّ زمن يتغيّر المَبيعُ فيه . لأنه مجهولُ الصفة عند العاقد . فلم يصحّ ، كبيع البيض في الدّجاج ، والنوى في التمر .

---

(١) الفأر : هو المسك نفسه ، والفأرة هي وعاء المسك ، وعلى ذلك يكون الشارح عبر باللفظ الذى يدل على المسك عن وعائه والأولى أن يقال (في الفأرة) .

(٢) هذا البيت قاله الشاعر يندد بما يفعله الولاة على البلاد في أيام عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، ويشكوهم إليه ، ويتهمهم بالرشوة وأنهم يأخذونها من التجار ، فاذا جاء التاجر الهندى بوعاء فيه المسك أخذ منه الوالى بلا مقابل ووضعه في شعره حتى يرى في مفرقه .

ولنا: أنه يمكن الاطلاعُ على المقصود، ومعرفتهُ. فأشبه بيعَ البَصير. ولأن إشارةَ الأخرس تقومُ مقامَ نُطقِهِ. فكذلك شَمُّ الأعمى وَذَوْقهُ، وأما البيضُ، والنوى، فلا يُمكن الاطلاع عليه، ولا وصفهُ، بخلاف مسألتنا.

٣٠٦٦ «مسألة» قال ﴿وبيعُ عسَب الفحل غير جائز﴾

عسبُ الفحل: ضِراَبه. وبيعُه أخذُ عِوَضه. وتسمّى الأجرةُ: عَسَب الفحل مجازاً. وإجارةُ الفحل للضِّراب حَرَامٌ والعقدُ فاسدٌ. وبه قال أبو حنيفة، والشافعيّ، وحُكِي عن مالك جوازُه. قال ابن عقيل: ويحتملُ عندي الجوازَ. لأنَّه عقدٌ على منافع الفَحْل، ونَزْوِه[1]. وهذه مَنْفَعَةٌ مقصودةٌ، والماء تابعٌ. والغالبُ حصولُه عَقِيبَ نَزْوِه. فيكونُ كالعقد على الظِّئْر، ليحْصُلَ اللَّبَنُ فى بَطْن الصبيِّ.

ولنا: ما رَوى ابن عمر «أَنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم نَهىَ عَنْ بَيْعِ عَسَبِ الفَحْلِ» رواه البخاريّ، وعن جابر قال «نَهىَ رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ضِرَابِ الجَمَلِ» رواه مسلم. ولأنّه مما لا يُقْدرُ على تسليمه: فأشبه إجارةَ الآبِق ولأنَّ ذلك متعلّق باختيار الفَحْل، وشَهْوَتِه. ولأنَّ المقصود هو الماء، وهو ممّا لا يجوزُ إفرادُه بالعقد، وهو مجهولٌ. وإجارةُ الظِّئْر خُولِف فيه الأصلُ، لمصلحةِ بقاءِ الآدميّ، فلا يقاسُ عليه ما ليس مثلَه. فعلى هذا: إذا أعطى أُجْرةً لعَسَب الفَحْلِ فهو حَرَامٌ على الآخذ، لما ذكرناه. ولا يحرَم على المُعطى. لأنّه بذلَ ماله لتَحْصِيل مُباحٍ يَحْتاجُ إليه، ولا يمتنع هذا، كما فى كَسْب الحجَّام، فإنّه خَبِيثٌ. وقد أعْطَى النبيُّ صلّى اللهُ عليه وسلّم الذى حَجَمهُ. وكذلك أُجْرَةُ الكَسْحِ، والصحابةُ أباحُوا شِرَاء المَصاحِف، وكَرِهُوا بَيْعَهَا. وإن أَعْطى صاحبَ الفَحْل هدِيّةً، أو أَكْرَمَهُ مِنْ غَيْرِ إجَارةٍ جَازَ. وبه قال الشافعيّ. لما رَوى أنسٌ عن النبيِّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وسلّمَ أنه قال «إذَا كَانَ إكْرَاماً فَلاَ بَأسَ» ولأنه سببٌ مُباحٌ. فجاز أخذُ الهَدِيّة عليه، كالحِجَامَةِ. وقال أحمدُ فى رواية ابن القاسم: لا يأخُذُ، فقيلَ لَهُ: ألاَ يكونُ مثلَ الحَجَّامِ يُعطَى وَإنْ كَانَ مَنْهِيًّا عَنْهُ؟ فقال: لَمْ يَبْلُغْنَا أَنَّ النّبيَّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّمَ أَعْطَى فِي مِثْلِ هَذَا شَيْئاً، كَمَا بَلَغَنَا فِي الحَجَّامِ، ووجهُهُ أنّ ما مُنِعَ أخذُ الأُجْرةِ عليه مُنِعَ قبولُ الهَدِيّةِ، كمَهْرِ البَغِيّ[2]، وحُلْوانِ الكَاهِنِ، قال القاضى:

---

(١) نزو الفحل: لقاحه للأنثى.

(٢) مهر البغي: النقود التى تعطى للمرأة الساقطة فى نظير إتيانها، وهذه النقود ليست مهرا، وإنما هي أجرة، وقد أطلقوا عليها المهر تشبيهاً بالمهر. وحلوان الكاهن هو ما يأخذه الشخص الذى يدعى معرفة الغيب، كالذى يرى البخت للناس فى كتاب أو يضرب الرمل، أو يفتح المندل، أو يحسب النجم أو نحو ذلك، فهذا كله حرام.

هذا مقتضى النظر ، لكن تُرِكَ مُقتضاه في الحجام ، فَيَبْقَى فيما عداه على مقتضى القياس ، والذي ذكرناه أرفق بالناس ، وأوفقُ للقياس ، وكلامُ أحمدَ يُحْمَلُ على الوَرَعِ ، لا على التحريم .

٣٠٦٧ « مسألة » قال { والنَّجْشُ منهيٌّ عنه . وهو أن يزيد في السلعة . وليس هو مُشترياً لها }

النجشُ : أن يزيد في السلعة مَنْ لا يُريد شراءها ، لِيَقْتَدِيَ به المُسْتَامُ ، فيظنُّ أنَّه لم يزدْ فيها هذا القدر ، إلا وهي تُساويه ، فيغترّ بذلك . فهذا حرامٌ وخِداعٌ . قال البخاريّ « النَّاجِشُ آكِلُ رِباً خَائِنٌ ، وهُوَ خِدَاعٌ بَاطِلٌ لاَ يَحِلّ » وروى ابنُ عمر : « أنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ نَهَى عَنِ النَّجْشِ » وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لاَ تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ ، وَلاَ يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ ، وَلاَ تَنَاجَشُوا . وَلاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ » متَّفق عليهما ، ولأنّ في ذلك تغريراً بالمشتري ، وخَدِيعةً له . وقد قال النبيّ صلى الله عليه وسلم « الْخَدِيعَةُ فِي النَّارِ » فإن اشترى مع النجش ، فالشراء صحيح ، في قول أكثر أهل العلم . منهم الشافعيُّ ، وأصحابُ الرأي ، وعن أحمد : أن البيع باطلٌ . اختاره أبو بكر . وهو قولُ مالك . لأنّ النهيَ يقتضي الفسادَ .

ولنا : أن النهي عادَ إلى الناجش ، لا إلى العاقد . فلم يؤثّر في البيع . ولأن النهي لِحَق الآدميّ ، فلم يُفسِد العقد ، كتلقّي الرُّكبان ، وبَيْعِ المَعِيب ، والمُدَلَّس ، وفارق ما كان لحقّ الله تعالى ، لأنّ حقّ الآدميّ يمكن جَبْرُه بالخيار ، أو زيادةٍ في الثمن ، لكن إن كان في البيع غَبْنٌ لم تَجْرِ العادةُ بمثله ، فللمشتري الخيارُ بين الفسخ ، والإمضاء ، كما في تَلَقِّي الرُّكْبَانِ . وإن كان يُتغابَنُ[1] بمثله ، فلا خيارَ لهُ . وسواء كان النجشُ بمُواطأةٍ من البائع ، أو لم يكن . وقال أصحاب الشافعيّ : إن لم يكن ذلك بمواطأة البائع ، وعلمِه فلا خيارَ لَهُ . واختلفوا فيما إذا كان بمُواطأةٍ منه ، فقال بعضهم : لاخِيَارَ للمُشْتَرِي ، لأنّ التفريط منه حيثُ اشترى ما لا يَعْرِفُ قيمتَه .

ولنا : أنه تغرير بالعاقد . فإذا كان مَغبوناً ثبت له الخيارُ ، كما في تلقّي الرُّكبانِ ، وَيَبْطُل ما ذكره ، بتلَقِّي الرُّكْبانِ .

٣٠٦٨ (فصل) ولو قال البائع : أُعْطِيتُ بهذهِ السّلعة كذا ، وكذا ، فصدّقه المشتري ، واشتراها بذلك ، ثمَّ بان كاذباً . فالبيعُ صحيحٌ . وللمشتري الخيارُ أيضاً . لأنّه في معنى النَّجْشِ .

٣٠٦٩ (فصل) وقوله عليه السلام «لاَ يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ» معناه : أنَّ الرجلين إذا تبايعا ، فجاء آخرُ إلى المشتري في مُدّة الخيار ، فقال : أنا أبيعُك مثلَ هذه السلعة بدون هذا الثمن ، أو أبيعُكَ خيراً منها بثمنها ، أو دونَه ، أو عَرَضَ عليه سلعةً رغب فيها المشتري ففسخ البيع ، واشترى هذه . فهذا غيرُ جائزٍ

(١) يتغابن بمثله : يعني يحدث مثله زيادة ونقصاً عند شراء الناس وبيع بعضهم لبعض .

لنهى النبيِّ صلّى الله عليه وسلم عنه. ولما فيه من الإضرار بالمُسْلِم والإفسادِ عليه. وكذلك إن اشترى على شراء أخيه وهو أن يجيء إلى البائع قبل لزوم العقد، فيدفعَ في المَبِيع أكثرَ من الثمن الذى اشترى به، فهو مُحرَّم أيضاً، لأنه فى معنى المنهيِّ عنه. ولأن الشراء يُسمَّى بيعاً، فيدخُل فى النَّهْى. ولأن النبيَّ صلّى الله عليه وسلم «نَهَى أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ» وهو فى معنى الخاطب، فإن خالف، وعقد، فالبيعُ باطلٌ. لأنه منهيٌّ عنه، والنهيُ يقتضى الفسادَ، ويحتملُ أنه صحيح، لأن المحرَّم هو عَرْضُ سِلْعَتِهِ على المشترى أو قولُه الذى فُسِخَ البيعُ من أجله، وذلك سابق على البيع، ولأنه إذا صحَّ الفسخُ الذى حصل به الضررُ فالبيعُ المُحصِّل للمصلحة أولى ولأنّ النهىَ لحقّ آدمىّ فأشبه بيع النَّجْش، وهذا مذهبُ الشافعىِّ.

٣٠٧٠ (فصل) ورَوى مسلم عن أبى هريرة أن رَسولَ الله صلّى الله عليه وسلم قال: «لا يَسُمِ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أخيه[1]» ولا يخلو من أربعة أقسام:

أحدها: أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع، فهذا يُحرِّم السومَ على غيرِ ذلك المشترى، وهو الذى تناوله النهىُ.

الثانى: أن يظهر منه ما يدلّ على عدم الرضا، فلا يحرُم السومُ، لأنّ النبىَّ صلّى الله عليه وسلَّم باع فِيمَن[2] يزيدُ، فروَى أنس «أنّ رَجُلاً مِنَ الأَنصَارِ شَكَى إِلَى النبِى صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ الشِّدَّةَ وَالْجَهْدَ، فَقالَ لَهُ: أَمَا بَقِى لَكَ شَىْءٌ؟ فَقالَ: بَلَى، قَدَحٌ وحِلْسٌ[3]، قَالَ: فَأْتِنِى بِهما، فَأَتَاهُ بِهِمَا، فَقالَ: مَنْ يَبْتَاعُهُمَا؟ فَقالَ رَجُلٌ: أَخَذْتُهما بِدرْهَمٍ، فقال النبىُّ صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسلمّ: مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ؟ مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ؟ فَأَعْطَاهُ رَجُل دِرْهَمَيْن، فباَعَهُمَا مِنْهُ» رواه الترمذىّ، وقال: حديث حسن، وهذا أيضاً إجماعُ المسلمين، يبيعونَ فى أسواقهم بالمُزايدةِ.

الثالث: أن لا يوجد منه ما يدلّ على الرضا، ولا على عدمه، فلا يجوز له السومُ أيضاً، ولا الزيادةُ، استدلالاً بحديث فاطمةَ بنت قَيْسٍ حينَ ذَكَرتْ للنبىِّ صلىّ اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّمَ «أَنَّ مُعَاوِيَةَ وَأَبا جَهْمٍ خَطَباها، فَأَمَرَها أَنْ تَنْكِح أُسَامَةَ» وقد نهى عن الخِطْبَةِ عَلَى خِطْبَة أخِيهِ، كما نهى عن السَّوْمِ على سَوْمِ أخيهِ، فما أُبيحَ فى أحدهما، أُبيحَ فى الآخر.

---

(١) السوم: إعطاء سعر للشىء المراد شراؤه أو بيعه ومعنى لا يسم الرجل على سوم أخيه، لا يزيد على سعره الذى أراد أن يشترى به، ولا ينقص عن السعر الذى أراد أن يبيع به بخساً له.

(٢) فيمن يزيد: أى باع بالمزاد، كما هو معروف الآن.

(٣) القدح: الكوز ونحوه، والحلس: بكسر الحاء وسكون اللام، وبفتح الحاء واللام كساء على ظهر البعير تحت البرذعة ويبسط فى البيت تحت الثياب الثمينة.

الرابع : أن يظهر منه ما يدلّ على الرضا من غير تصريح ، فقال القاضى : لا تحرُم المساومة ، وذكر أن أحمد نصّ عليه فى الخِطْبَةِ ، استدلالاً بحديث فاطِمَـةَ ، ولأنّ الأصلَ إباحةُ السَّوْمِ والخِطْبَةِ ، فحرُم منه ما وُجِدَ فيه التصريحُ بالرِّضا ، وما عداه يَبْقَى على الأصل ، ولو قيل بالتحريم ههنا لـكان وجهاً حسَناً ، فإنّ النهيَ عامٌّ خرجتْ منهُ الصوَرُ المخصُوصَةُ بأدلّتها ، فتَبْقَى هذه الصورةُ على مقتضى العُموم ، ولأنهُ وجِدَ منه دَليلُ الرِّضا ، أشبهَ ما لو صرّح به ، ولا يَضُرُّ اختلافُ الدليل ، بعد التساوى فى الدِّلالةِ . وليس فى حديث فاطمةَ ما يدلّ على الرِّضا . لأنّها جاءت مُستَشيرَةً للنبىِّ صلى الله عليه وسلم . وليس ذلك دليلاً على الرِّضا . فـكيف تَرْضَى ، وقد نهاها النبىُّ صلىّ الله عليه وسلم بقوله : « لاَ تَفُوتِينَا بِنَفْسِكِ » فلم تـكن تفعلُ شيئاً قبلَ مُرَاجَعَةِ النبىِّ صلىَّ الله عليه وسلم ، والحـكمُ فى الفساد كالحُـكمِ فى البيع ، على بيع أخيه ، فى الموضع الذى حكمنا بالتحريم فيه .

٣٠٧١ (فصل) بيعُ التَّلجِئَةِ باطلٌ . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة والشافعىّ : هو صحيح ، لأنّ البيعَ تمّ بأركانه ، وشروطه ، خالياً عن مقارنة مُفسِدٍ ، فصحّ كما لو اتفقا على شرطٍ فاسدٍ . ثم عقدا البَيع بغير شَرْطٍ .

ولنا : أنهما ما قصدا البيعَ ، فلم يصحّ منهما ، كالهازِلَيْنِ ، ومعنَى بَيْعِ التَّلْجِئَـةِ أنْ يخافَ أن يأخذَ السلطانُ ، أو غيرُه مِلْـكَهُ ، فيُواطِىء رَجُلاً على أن يُظهِرَ أنّه اشتراه منـه ، ليَحْتَمِى بذلك : ولا يُريدانَ بَيْعاً حقيقياً .

٣٠٧٢ « مسألة » قال ﴿ فإن باع حاضرٌ لبادٍ فالبيعُ باطلٌ ﴾

وهوأن يخرُج الحضرىُّ إلى البادى ، وقد جلب السِّلْعَةَ فيعرِّفُه السِّعرَ ، ويقولُ : أنا أَبيعُ لكَ ، فنهىَ النبىُّ صلىّ الله عليه وسلم . عن ذلك . فقال : « دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ » والبادى ههنا من يدخُل البلدةَ من غير أهلها ، وسواء كان بَدَوِيًّا ، أو من قريةٍ أو بَلْدَةٍ أُخرَى . نهىَ النبىُّ صلىّ اللهُ عليه وسلّم الحاضرَ أن يبيعَ له ، قال ابنُ عبّاس « نَهىَ النبىُّ صَلىَّ اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم أنْ تُتَلَقّى الرُّكبَانُ ، وأنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ قال: فقُلْتُ لابن عبّاس : ماقولهُ حاضرٌ لبادٍ ؟ قَالَ : لايَـكُونُ لَهُ سِماراً » ، متفق عليه وعن جابر قال : قال رسولُ اللهِ صلىّ اللهُ عَلَيْهِ وسلم « لاَ يَبِيعُ حاضِرٌ لِبَادٍ دَعُواالنَّاسَ يَرْزُقِ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْض » رواه مسلم ،وابن عمر، وأبو هريرة، وأنس .والمعنَى فى ذلك : أنهمتى ترك البدوىّ يبيعُ سلعته اشتراها الناسُ برخَص،ويُوَسِّع عليهم السِّعرُ . فإذاتولىّ الحاضرُ بيعَها ، وامتنع من بَيعها إلاّ بسِعْرِ البلدِ ضاقَ على أهلِ البلدِ . وقد أشار النبىُّ صلىّ الله عليه وسلم فى تعليله إلى هذا المعنَى .

وممّنْ كره بَيْعَ الحاضر للبادى . طَلْحَةُ بنُ عُبَيْدِ الله، وابنُ عمر، وأبو هريرة ، وأنس ، وعمرُ بن عبدالعزيز ، ومالكٌ ، والليثُ والشافعىّ ، ونقل أبو إسحق بن شاقلا فى جملة سَمَاعَاتِهِ : أنّ الحَسَنَ بنَ علىّ المِصْرِىّ سأَلَ

أحمدَ عن بيعِ حاضرٍ لبادٍ؟ فقال : لاَ بأْسَ بِهِ . فقال له : فالخبرُ الذى جاء بالنهى ؟ قال : كان ذلكَ مَرّةً ، فظاهرُ هذا . صحّةُ البيعِ ، وأن النهى اختصّ بأوّل الإسْلامِ ، لمـا كان عليهم من الضيِّقِ فى ذلك ، وهذا قولُ مجاهد ، وأبى حنيفة ، وأصحابه ، والمذهبُ الأوّل ، لعموم النهى ، وما يثبتُ فى حقّهم يثبُت فى حقّنا ، ما لم يقُمْ على اختصاصهم به دليلٌ ، وظاهر كلام الخِرَقىّ : أنّه يحرُم بثلاثةِ شروط .

أحدها : أن يـكون الحاضرُ قَصدَ البادىَ ليتَولىّ البَيْعَ له .

والثانى : أن يكون البادى جاهلاً بالسعْر ، لقوله : فيُعرّفه السّعر ، ولا يـكون التعريفُ إلاّ لجاهلٍ ، وقد قال أحمدُ فى روايةِ أبى طالب : إذا كان البادى عَارفاً بالسّعر لم يحرُم .

الثالث : أن يـكون قد جلب السلع للبَيْعِ ، لقوله : وقد جلب السِّلعَ ، والجالبُ هو الذى يأتى بالسلع ليَبيعها ، وذكر القاضى شرطين آخرين .

أحدهما : أن يـكون مُريداً لبَيْعها بسِعْرِ يَوْمِها .

والثانى : أن يـكون بالناس حاجةٌ إلى مَتاعِهِ وضيقٌ فى تأخير بَيْعِهِ ، وقال أصحابُ الشافعىّ : إنما يحرُم بشروط أربعة . وهى ما ذكرنا ، إلا حاجةَ الناس إلى مَتاعه ، فمتى اختلّ منها شرط ، لم يحرُم البيعُ ، وإن اجتمعت هذه الشروُط فالبيعُ حرامٌ ، وقد صرّح الخِرَقىّ ببُطْلانِهِ ، ونصّ عليه أحمدُ فى رواية إسماعيل بن سعيد ، قال : سألتُ أحمدَ عن الرجل الحضرىّ يبيعُ للبدَوىّ ؟ فقال : أكرهُ ذلك ، وأردُّ البيعَ فى ذلك ، وعن أحمدَ روايةٌ أخرى : أن البيعَ صحيحٌ ، وهو مذهبُ الشافعىّ ، لـكون النهى لمعنىً فى غير المنهىّ عنه .

ولنا : أنه منهىّ عنه . والنهىُ يقتضى فسادَ المنهىّ عنه .

٣٠٧٣ (فصل) فأما الشراء لهم . فيصحّ عند أحمد ، وهو قولُ الحسن ، وكرهتْ طائفةٌ الشراء لهم ، كما كرهت البيعَ ، يُروى عن أنس قال « كَانَ يُقَالُ : هِيَ كَلِمَةٌ جَامِعَةٌ يَقُولُ : لاَ تَبِيعَنّ لَهُ شَيْئاً ، ولاَ تَبْتَاعَنّ لَهُ شَيْئاً » وعن مالك فى ذلك روايتان :

ووجه القول الأول : أن النهى غيرُ متناول للشراء بلفظه ، ولا هو فى معناه . فإنّ النهىَ عن البيع للرفق بأهل الحضَرِ ، ليتّسِعَ عليهم السِّعْرُ ، ويزولَ عنهمُ الضررُ ، وليس ذلك فى الشراء لهم ، إذ لا يتضرّرُونَ لعدَم الغَبْنِ للبادين ، بل هو دَفْعُ الضّررِ عنهم ، والخلقُ فى نظرِ الشارع على السواء ، فـكما شَرَعَ ما يدفعُ الضررَ عن أهل الحضرِ ، لا يَلْزَمُ أنْ يُلزِمَ أهْلَ البَدْوِ الضَّرَرَ ، وأمّا إن أشار الحاضرُ على البادى ، من غير أن يباشرَ البيعَ له ، فقد رَخّص فيه طَلْحَةُ بن عُبَيْدِ الله ، والأوزاعىّ ، وابن المُنذرِ ، وكرهه مالك ، والليث ، وقولُ الصحابىّ حُجّةٌ مالم يثبُت خِلاَفُهُ .

٣٠٧٤ (فصل) قال ابن حامد : ليس للإمام أن يُسَعِّر على الناس ، بل يبيعُ الناسُ أموالهم على ما يختارون ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، وكان مالكٌ يقول : يقالُ لمن يُريدُ أن يَبيع أقلَّ مِمَّا يبيعُ النَّاسُ بهِ : بِعْ كَمَا يَبِيعُ النَّاسُ ، وَإِلاَّ فَاخْرُجْ عَنَّا . واحتجَّ له بما روى الشافعىّ ، وسعيدُ بن منصور ، عن داود بن صالح ، التمَّار عن القاسم بن محمد ، عن عمر « أَنَّهُ مَرَّ بِحَاطِبٍ[1] فى سُوقِ الْمُصَلَّى ، وَبَيْنَ يَدَيْهِ غِرَارَتَانِ فِيهِمَا زَبِيبٌ فَسَأَلَهُ عَنْ سِعْرِهِمَا ؟ فَسَعَّرَ لَهُ مُدَّيْنِ بِكُلِّ دِرْهَمٍ . فَقَالَ لَهُ عُمر : قَدْ حُدِّثْتُ بِعِيرُ مُقْبِلَةٍ مِنَ الطَّائِفِ تَحْمِلُ زَبِيباً ، وَهُمْ يَعْتَبِرُونَ بِسِعْرِكَ . فَإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ فِى السِّعْرِ ، وَإِمَّا أَنْ تُدْخِلَ زَبِيبَكَ ، فَتَبِيعَهُ كَيْفَ شِئْتَ » ولأن فى ذلك إضرارا بالناس ، إذا زاد تبعهُ أصحابُ المتاع ، وإذا نقص أضرَّ بأصحاب المتاع .

ولنا : ما رَوى أبو داود ، والترمذىّ ، وابن ماجه ، عن أنس قال « غَلاَ السِّعْرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . فَقَالُوا يَارَسُولَ اللهِ ، غَلاَ السِّعْرُ ، فَسَعِّرْ لَنَا ، فَقَالَ : إِنَّ اللهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ ، القَابِضُ البَاسِطُ ، الرَّزَّاقُ ، إِنِّى لأَرْجُوا أَنْ أَلْقَى اللهَ تَعَالَى وَلَيْسَ أَحَدٌ يَطْلُبُنِى بِمَظْلَمَةٍ فى دَمٍ وَلاَ مالٍ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن ، صحيح ، وعن أبى سعيد مثلهُ ، فوجه الدلالة من وجهين .

أحدها : أنه لم يُسَعِّر ، وقد سألوه ذلك . ولو جاز لأجابهم إليه .

الثانى : أنه علّل بكونه مظلمةً ، والظلمُ حرامٌ . ولأنه مالُه ، فلم يجز منعُه من بَيْعِهِ بما تراضى عليه المتبايعان ، كما اتفق الجماعةُ عليه : قال بعض أصحابنا : التسعيرُ سببُ الغلاء . لأنّ الجالبين إذا بلغهم ذلك لم يُقْدِمُوا بِسلَعِهِم بَلداً يُكْرَهُونَ عَلَى بَيْعِهَا فيه بِغَيْرِ مَايُرِيدُونَ . ومن عنده البضاعة يمتنعُ من بيعها ، ويكتمُها ، ويطلبُها أهلُ الحاجةِ إليها ، فلا يجدونها إلاّ قليلاً ، فيرفعُون فى ثمنها ، ليَصِلُوا إليها ، فتغلو الأسعارُ ، ويحصُلُ الإضرار بالجانبَيْنِ . جانب الملاّك فى منعهم من بَيْع أملاكهم ، وجانبِ المشترى فى منعه من الوصول إلى غرضه . فيكون حراماً . فأمّا حديثُ عمر . فقد رَوى فيه سعيد ، والشافعىّ « أَنَّ عُمَرَ لَمَّا رَجَعَ حَاسَبَ نَفْسَهُ . ثُمَّ أَتى حَاطِباً فِى دَارِهِ فَقَالَ : إِنَّ الَّذِى قُلْتُ لَكَ لَيْسَ بِعَزِيمَةٍ مِنِّى وَلاَ قَضَاءٍ . وَإِنَّمَا هُوَ شَىْءٌ أَرَدْتُ بِهِ الْخَيْرَ لأَهْلِ الْبَلَدِ ، فَحَيْثُ شِئْتَ فَبِعْ كَيْفَ شِئْتَ » وهذا رجوعٌ إلى ما قلنا . وما ذكروه من الضرر موجودٌ فيما إذا باع فى بيته ، ولا يُمْنَعُ منه .

٣٠٧٥ « مسألة » قال ﴿ ونهى عن تَلَقّى الركبان ﴾

فإن تَلَقَّوا ، واشترى منهم فهُم بالخيار إذا دَخَلُوا السوق ، وعرفوا أنهم قد غُبِنُوا ، إن أحبّوا أن

---

(١) هو حاطب بن أبى بلتعة الصحابى المعروف .

يَفْسَخُوا البيعَ فسَخُو: رُوِى أنهم كانوا يَتَلَقَّوْنَ الأجلابَ، فَيَشْتَرُونَ منهم الأمْتِعَةَ قبل أن تَهْبِطِ الأسواق، فرُبَّما غَبَنُوهم غَبْناً بَيِّناً، فيضرُّونهم. وربما أضرُّوا بأهل البلد. لأنّ الرُّكْبانَ إذا وصلوا باعوا أمتعتهم، والذين يتلقّونهم لا يَبِيعُونَها سريعاً، ويتربّصون بها السِّعْرَ: فهو فى معنى بَيْعِ الحاضِرِ للبادِى فنهى النبيُّ صلى الله عليه وسلم عن ذلك. ورَوى طاوس، عن أبيه، عن ابن عباس، قال: قال رَسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم «لاَ تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ، وَلاَ يَبِعْ حاضِرٌ لِبَادٍ» وعن أبى هريرة مثلُه، متفق عليهما، وكرهه أكثر أهل العلم. منهم عمر بن عبد العزيز، ومالك، والليث، والأوزاعىّ، والشافعىّ، وإسحاق، وحُكى عن أبى حنيفة. أنّه لم ير بذلك بأساً. وسنّةُ رسول الله صلى الله عليه وسلم أحقّ أن تُتّبع، فإن خالف، وتلقَّى الرّكبانَ، واشترى منهم، فالبيع صحيح فى قول الجميع. قاله ابن عبد البرّ. وحُكى عن أحمد روايةٌ أخرى: أن البيعَ فاسدٌ، لظاهر النهى، والأوّل أصحّ. لأن أبا هريرة رَوى أن رَسولَ الله صلّى الله عليه وسلم قال «لاَ تَلَقَّوُا الْجَلَبَ. فَمَنْ تَلَقَّاهُ، واشْتَرَى مِنْهُ فَإِذَا أتَى السُّوقَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ» رواه مسلم، والخيارُ لا يكون إلاّ فى عقد صحيح ولأن النهى لا لمعنًى فى البيع، بل يعودُ إلى ضربٍ من الخديعة، يمكن استدراكُها بإثبات الخيار. فأشبه بيعَ المُصَرّاةِ، وفارق بيع الحاضرِ للبادِى. فإنّه لا يُمكن استدراكُه بالخيار، إذ ليس الضررُ عليه، إنما هو على المسلمين.

فإذا تقرر هذا: فللبائع الخيارُ إذا علم أنّه قد غُبِن. وقال أصحاب الرأى: لا خيارَ له. وقد رَوَيْنَا قولَ رسُولِ الله صلى الله عليه وسلم فى هذا. ولا قولَ لأحدٍ مع قوله، وظاهر المذهب: أنّه لا خيار له إلاّ مع الغَبْنِ. لأنه إنما ثبت لأجل الخديعة، ودفع الضّرر، ولا ضرر مع عدم الغَبْنِ. وهذا ظاهرُ مذهب الشافعىّ. ويُحملُ إطلاقُ الحديث فى إثبات الخيار على هذا، لعِلْمنا بمعناه ومُرادِه. لأنّه معنًى يتعلّق الخيارُ بمثلِه، ولأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم جَعَل لَه الخِيارَ إذا أتى السُّوقَ. فيُفْهَمُ منه أنه أشارَ إلى معرفته بالغَبْنِ فى السُّوقِ. ولولا ذلك لكان الخيارُ له من حِينِ البَيْعِ. ولم يُقَدِّر الخِرَقيُّ الغبنَ المُثبِتَ للخيارِ. وينبغى أن يتقيّد بما يخرُج عن العادة. لأنّ ما دون ذلك لا ينضبط. وقال أصحابُ مالك: إنما نُهِىَ عَنْ تلقّى الركبانِ لما يَفُوتُ به من الرفق لأهل السّوق، لئلا يقطع عنهم ما لهُ جَلَسُوا مِن ابْتغاء فَضْلِ اللهِ تعالى. قال ابنُ القاسم: فإن تَلَقّاها مُتَلَقٍّ، فاشتراها، عُرِضَتْ على أهل السُّوقِ، فيَشْتَرِكُونَ فيها. وقال الليثُ بنُ سعد: تُباع فى السوق، وهذا مُخالفٌ لمدلول الحديث؛ فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلّم جعل الخيارَ للبائع إذا دخل السُّوقَ، ولم يجْعَلوا له خياراً، وَجعْلُ النبيِّ صلى الله عليه وسلم الخِيَار له يدلّ على أن النهيَ عن تَلَقِّى الرُّكْبانِ لِحقِّهِ لاَ لحقِّ غَيْرِه. ولأنّ الجالِسَ فى السُّوقِ كالمُتلَقِّى فى أنّ كلّ واحدٍ منهما مُبْتَغٍ لفضل الله تعالى، فلا يليقُ بالحكمة فسخُ عقدِ أحدها، وإلحاقُ الضرر به، دفعاً للضرر

عن مثله . وليس رعايةُ حقِّ الجالس أولى من رعاية حقِّ المُتَلَقِّى . ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم فى سلعته ، فلا يُعَرَّجُ على مثل هذا . والله أعلم .

٣٠٧٦ (فصل) فإن تلقى الركبان فباعهم شيئاً ، فهو بمنزلة الشراء منهم ، ولهم الخيارُ إذا غبنهم غبناً يخرُج عن العادة . وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىّ . وقالوا فى الآخر : النهىُ عن الشراء دونَ البيع . فلا يدخُل البيعُ فيه . وهذا مقتضى قول أصحاب مالك . لأنهم علَّلوا ذلك بما ذكرنا عنهم ، ولا يتحقَّقُ ذلك فى البيع لهم .

ولنا قولُ النبىِّ صلى الله عليه وسلم « لاَ تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ » والبائعُ داخلٌ فى هذا ، ولأنَّ النهىَ عنه لما فيه من خديعتهم ، وغَبْنِهم . وهذا فى البيع كهُوَ فى الشِّراء . والحديثُ قد جاء مُطْلقاً ، ولو كان مختصّاً بالشراء لأُلحق به ما فى معناه . وهذا فى معناه .

٣٠٧٧ (فصل) فإن خرج لغير قصد التَّلَقِّى ، فلقى رُكْباً ، فقال القاضى : ليس له الابتياعُ منهم ، ولا الشراء ، وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، ويحتملُ أنْ لا يحرُم عليه ذلك ، وهو قول الليث ابن سعد . والوجه الثانى لأصحاب الشافعىّ . لأنه لم يَقصد التلقِّى ، فلم يتناوله النهى .

ووجه الأول : أنه إنما نُهِىَ عَنِ التَّلَقِّى دفعاً للخديعة ، والغَبْن عنهم ، وهذا متحقِّق سواء قصَد التلقِّى أو لم يَقْصِدْهُ ، فوجب المنعُ منه ، كما لو قَصَدَ .

٣٠٧٨ (فصل) وإن تلقى الجَلَبَ فى أعلى الأسواق ، فلاَ بأْسَ ، فإنْ ابن عمرَ رَوى «أنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم نَهىَ أَنْ تُتَلَقَّى السِّلَعُ حَتَّى يَهْبِطَ بِهَا الأَسْوَاقَ » رواه البخارىّ ، ولأنه إذا صار فى السوق فقد صار فى محلِّ البيع ، والشراء ، فلم يدخل فى النهى ، كالذى وصل إلى وَسَطِها .

٣٠٧٩ (فصل) والاحتكارُ حرامٌ ، لما رُوِى عن الأثرم ، عن أبى أُمَامَةَ ، قال « نَهى رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يُحْتَكَرَ الطَّعَامُ » ورُوى أيضاً بإسناده ، عن سعيد بن المسيّب : أنّ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنِ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِىءٌ » ورُوى أنّ عمر بن الخطّاب رضى الله عنه « خَرَجَ مَعَ أَصْحَابِه ، فَرَأىَ طَعَاماً كَثِيراً قَدْ أُلقِىَ عَلَى بَابِ مَكَّةَ . فقَالَ : مَا هَذا الطَّعَامُ ؟ فقالوا : جُلِبَ إِلَيْنَا . فقَال : بَارَكَ اللهُ فيه ، وفِيمَنْ جَلَبَهُ . فَقِيلَ له : فَإِنَّهَ قَدِ احْتُكِرَ . قالَ : وَمَنِ احْتَكَرَهُ ؟ قالُوا : فلاَنٌ مَوْلَى عُثْمانَ ، وفُلاَنٌ مَوْلاَكَ . فَأَرْسَلَ إِلَيْهِما ، فقال : مَا حَمَلَكُما عَلَى احْتِكَارِ طَعَامِ المُسْلِمِينَ ؟ قالا : نَشْتَرِى بِأَمْوالِنَا وَنَبِيعُ . قالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ : مَنِ احْتَكَرَ عَلَى المُسْلِمِينَ طَعَامَهُمْ لَمْ يَمُتْ حَتّى يَضْرِبَهُ اللهُ بِالْجُذَامِ ، أَوِ الإِفْلاَسِ - قال الراوى - فَأَمَّا مَوْلَى عُثْمانَ فَباعَهُ ، وقال : واللهِ لاَ أَحْتَكِرُه أبداً . وأَمَّا مَوْلَى عُمرَ فَلَمْ يَبِعْهُ . فَرَأَيْتُهُ

مَجْذُوماً » ورُوِى عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم : أنه قال « الجَالِبُ مَرْزُوقٌ والمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ » .

٣٠٨٠ (فصل) والاحتكارُ المحرَّم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط :

أحدها أن يشترى . فلو جلب شيئاً ، أو أدخل من غلّته شيئاً ، فادّخره ، لم يكن مُحتكراً . روى عن الحسن ، ومالك . وقال الأوزاعىّ : الجالبُ لَيْسَ بمُحْتَكِرٍ ، لقوله : « الجَالِبُ مَرْزُوقٌ ، والمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ » ولأنّ الجالبَ لا يُضَيِّق على أحدٍ ، ولا يَضرّ به ، بل ينفع . فإنّ الناس إذا علموا عنده طعاماً مُعَدًّا للبيع كان ذلك أطيبَ لقلوبهم من عدمه .

الثانى : أن يكون المشترَى قُوتاً . فأمّا الإدَامُ ، والحَلْوَاء ، والعَسَلُ والزَّيْتُ ، وأعْلاَفُ البَهَائِم . فليس فيها احتكارٌ محرّمٌ ، قال الأثرم . سمعتُ أبا عبد الله يُسْأَل عنْ : أيِّ شَيْءٍ الاحْتِكَارُ ؟ قال : إذا كانَ مِنْ قوتِ الناس فهو الذى يُكْرَهُ ، وهذا قولُ عبد الله بن عمرو . وكان سعيدُ بنُ المسيّب - وهو راوى حديث الاحتكار - يَحْتَكِرُ الزَّيْتَ . قال أبو داود : كان يَحْتَكِرُ النَّوَى ، والخَبْطَ ، والبَزْرَ . ولأنّ هذه الأشياء ممّا لا تَعُمّ الحاجةُ إليها . فأشبهت الثيابَ ، والحيوانات .

الثالث : أنْ يُضَيِّقَ على الناس بشرائه . ولا يحصُل ذلك إلا بأمرين :

أحدهما : أن يكون فى بلد يضيقُ بأهله الاحتكارُ ، كالحرمين والثُّغُور . قال أحمد : الاحتكارُ فى مثل مكة ، والمدينة ، والثُّغور . فظاهرُ هذا : أن البلاد الواسعةَ الكثيرة المرافق ، والجلب ، كبغدادَ ، والبَصْرةِ ، ومِصْرَ لا يَحْرُم فيها الاحتكارُ . لأنّ ذلك لا يؤثّر فيها غالباً .

الثانى : أن يكون فى حال الضيق ، بأن يدخل البلد قافلةٌ ، فيتبادرَ ذَوُو الأموال فيشترونها ، ويُضيِّقونَ على الناس . فأمّا إن اشتراه فى حال الاتساع ، والرُّخْصِ على وجهٍ لا يُضَيِّقُ على أحدٍ ، فليس بمحرّم .

٣٠٨١ « مسألة » قال ﴿ وبيعُ العصير ممّن يتّخذُه خمراً باطلٌ ﴾ .

وجملة ذلك : أن بيع العصير لمن يعتقدُ أنّه يتّخذه خمراً محرّم . وكرهه الشافعىّ . وذكر بعضُ أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنّه يعصِرها خمراً فهو مُحرّم . وإنما يكره إذا شكّ فيه . وحكى ابن المنذر عن الحسن ، وعطاء ، والثورىّ : أنّه لا بأس ببيع التمر لمن يتخذه مُسكراً . قال الثورىّ : بِعِ الحَلَالَ ممَّنْ شِئْتَ . واحْتجَّ لهم بقول الله تعالى (وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ) ولأنّ البيع تمّ بأركانه ، وشروطه .

ولنا : قول الله تعالى (٥ : ٢ وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) وهذا نهى يقتضى التحريمَ . ورُوِى عن النبىّ صلىّ الله عليه وسلم « أنّه لعَنَ فِى الخَمْرِ عَشَرَةً » فروَى ابنُ عباس « أنّ النبىَّ صلىّ اللهُ عليه وسلم أتاه جبريلُ ، فقالَ : يامحمدُ ، إنّ اللهَ لَعنَ الخَمْرَ ، وَعَاصِرَهَا وَمُعْتَصِرَهَا ، وحَامِلهَا ، والمَحْمُولَةَ إلَيْهِ ، وشَارِبَها ،

وبَائِعِهَا ، وَمُبْتَاعَهَا ، وَسَاقِيهَا . وأشارَ إلَى كُلِّ مُعاونٍ عَلَيْهَا ، ومُساعدٍ فِيهَا » أخرج هذا الحديث الترمذىّ ،من حديث أنس . وقال: قد رُوى هذا الحديث عن ابن عبّاس ، وابن عمر ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم. وروى ابنُ بَطّة فى تحريم النَّبيذ بإسناده ، عن محمد بن سيرين ، « أنَّ قَيِّماً كَانَ لِسَعْدِ بن أبِى وقّاص فِى أرْضٍ لَهُ . فَأخْبَرَهُ عَنْ عِنَبٍ أنه لاَ يَصْلُحُ زَبِيباً ، وَلاَ يَصْلُحُ أنْ يُبَاعَ إلاّ لِمَنْ يَعْصِرُهُ ، فَأمَرَ بِقَلْعِهِ ، وَقَالَ : بِئْسَ الشَّيْخُ أنَا إنْ بِعْتُ الْخَمْرَ » ولأنه يعقد عليها لمنَ يَعْلَمُ أنه يرُيدها المَعْصِيَة . فأشبه إجارةَ أَمتِهِ لِمنْ يَعْلَمُ أنَّه يَسْتأجِرُهَا لِيَزْنِيَ بِهاَ . والآيةُ مخصوصةٌ بصُوَرٍ كثيرةٍ ، فيُخصّ منها محلّ النزاع بدليلنا ، وقولهم : تمّ البيعُ ، وبشروطِه ، وأركانه . قلنا : لكن وُجِدَ المانعُ منهُ .

إذا ثبت هذا فإنّما يحرُم البيعُ ، ويبطُل إذا علم البائعُ قصدَ المشترى ذلك . إمّا بقوله ، وإمّا بقرائن مُختصّة به ، تدلّ على ذلك . فأمّا إن كان الأمرُ محتملاً ، مثلُ أن يشتريَها من لا يعلمُ حالَه ، أو من يعمَلُ الخلّ ، والخمرَ معاً ، ولم يَلفِظ بما يدلّ على إرادة الخمر ، فالبيعُ جائز . وإذا ثبت التحريمُ ، فالبيعُ باطلٌ ، ويحتملُ أن يَصحّ ، وهو مذهبُ الشافعىّ ؛ لأنّ المحرّم فى ذلك اعتقادُه بالعقد دونَه ، فلم يمنع صحّة العقد ، كما لو دلّس العَيْبَ .

ولنا : أنه عقدٌ على عَيْنٍ لِمَعْصِيَةِ الله بها ، فلم يصح كإجارة الأمَة للزّنا ، والغناء . وأما التدليسُ فهو المحرّم دون العقد ، ولأنّ التحريم ههنا لحقّ الله تعالى . فأفسد العقدَ ، كبيع درهم بدرهَمين . ويُفارق التدليسَ فإنه لحقّ آدمىّ .

٣٠٨٢ (فصل) وهكذا الحكمُ فى كلّ ما يُقصدُ به الحرامُ ، كبيع السلاح لأهل الحرب ، أو لقطّاع الطريق ، أو فى الفِتنةِ ، وبيع الأَمَةِ للغناء ، أو إجارتها كذلك ، أو إجارة داره لبَيْع الخمر فيها ، أو لتتّخذَ كنيسةً أو بَيْتَ نارٍ ، وأشباه ذلك . فهذا حرامٌ ، والعقدُ باطلٌ لما قدّمنا . قال ابن عقيل : وقد نصّ أحمدُ رحمه الله على مسائل نبّه بها على ذلك ، فقال فى القصّاب والخبّاز : إذا علم أن من يشترى منه يدعو عليه من يَشْرَبُ المُسْكِرَ لا يَبِيعهُ ، ومن يخترطُ الأقداحَ لا يبيعُها ممّن يشربُ فيها ، ونهى عن بيع الدِّيباج لِلرّجال . ولا بأس ببيعه للنساء : ورُوى عنه : لا يبيعُ الجوزَ من الصِّبْيان لِلقِمار وعلى قياسه : البيضُ فيكون بيعُ ذلك كلّه باطلاً .

٣٠٨٣ (فصل) قيل لأحمد : رجلٌ مات وخلّف جاريةً مُغَنّيَةً ، وولداً يَتيماً ، وقد احتاج إلى بَيْعِها . قال : يَبِيعُهَا على أنّها ساذَجَةٌ . فقيل له : فإنّها تساوى ثلاثين ألف درهم . فإذا بيعت ساذجةً تُساوى عشرين ديناراً ؟ قال : لا تُباع إلاّ على أنها ساذَجَةٌ ، ووجهُ ذلك : ما رَوى أبو أُمَامَة عن النبىّ صلى الله عليه وسلّم أنّه قال : « لاَ يَجُوزُ بَيْعُ المُغَنِّيَاتِ ، وَلاَ أثْمَانُهنّ ، ولاَ كَسْبُهُنّ » قال الترمذىّ :

هذا لا نعرفه إلا من حديث عليّ بن يزيد، وقد تكلّم فيه أهلُ العلم، ورواه ابن ماجه، وهذا يُحملُ على بَيْعِهِنّ لأجل الغناء، فأمّا ماليّتُهُنّ الحاصلةُ بغير الغناء، فلا تبْطل، كما أنّ العصيرَ لا يحرُم بيعُه لغَيْرِ الخمر، لصلاحيته للخَمْرِ.

٣٠٨٤ (فصل) ولا يجوز بيع الخمر، ولا التوكيل في بيعه، ولا شراؤُه، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غيرُ جائز، وقال أبو حنيفة: يجوزُ للمُسْلم أن يُوَكِّلَ ذمّياً في بيعها. وشرائها. وهو غيرُ صحيح. فإن عائشةَ روَتْ أنّ النبيّ صلىّ الله عليه وسلم قال «حُرِّمَتِ التِّجَارَةُ فِي الْخَمْرِ» وعن جابر: أنّه سَمِعَ النبيّ صلىّ الله عليه وسلمَ عَامَ الْفَتْحِ وَهُوَ بِمَكّةَ يقولُ «إِنَّ اللهَ وَرَسُولَهُ حَرّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ، وَالْأَصْنَامِ. فقيل: يارَسُولَ الله، أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ؟ فإنّه تُطْلَى بِهَا السُّفُنُ، وَتُدْهَنُ بِهَا الْجُلُودُ، وَيَسْتَصْبِحُ بِهَا النّاسُ؟ فَقَالَ: لَا، هُوَ حَرَامٌ. ثمّ قال رَسُولُ اللهِ صَلّىَ اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم: قَاتَلَ اللهُ الْيَهُودَ، إِنَّ اللهَ تَعَالَى حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا فَجَمَلوه[1] ثُمَّ بَاعُوهُ، وأَكَلُوا ثَمَنَهُ» متفق عليه. ومن وكّلَ في بيع الخمر، وأكل ثمنه، فقد أشبههم في ذلك، ولأنّ الخمر نجسةٌ محرّمةٌ يحرُم بيعُها، والتوكيلُ في بيعها، كالميْتَةِ، والخنزيرِ، ولأنّه يحرُم عليه بَيْعُهُ، فحرُم عليه التوكيلُ في بيعه، كالخنزير.

٣٠٨٥ «مسألة» قال ﴿ ويَبْطُل البيعُ إذا كان فيه شرطان، ولا يُبطله شرطٌ واحد ﴾

ثبت عن أن أحمد رحمه الله أنّه قال: الشرط الواحدُ لا بأس به، إنما نهى عن الشرطين في البيع، ذهبَ أحمدُ إلى ما رَوى عبدُ الله بن عمرو، عن النبيّ صلىّ الله عليه وسلم أنّه قال «لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ، ولاَ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ، وَلَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» أخرجه أبو داود، والترمذيّ، وقال: حديثٌ حسن، صحيح قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله: إنّ هؤلاء يكرهون الشرط في البيع فنفَضَ يده، وقال: الشرطُ الواحدُ لا بأس به في البيع. إنما نهَى رسولُ الله صلىّ الله عليه وسلم عن شرطين في البيع. وحديثُ جابرٍ يدلّ على إباحةِ الشرط، حين باعه جَمَلهُ، وشرَطَ ظَهْرَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ، واختُلف في تفسير الشرطين المنهيّ عنهما. فرُوى عن أحمد: أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد، فحَكى ابنُ المنذر عنه، وعن إسحاق فيمن اشترى ثوباً، واشترط على البائع خِيَاطَته، وقِصَارَتَهُ، أو طعاماً، واشترط طَحْنَهُ وَحَمْلَهَ: إن اشترطَ أحدَ هذه الأشياء فالبيعُ جائزٌ. وإن اشترط شرطين فالبيعُ باطلٌ. وكذلك فسّر القاضي في شرحه الشرطين المُبطلين بنحو من هذا التفسير. ورَوى الأثرمُ عن أحمد تفسير الشرطين: أن يشتريها على أنه لا يبيعُها من أحدٍ، وأنّه لاَ يطَؤُها. ففسّره بشرطين فاسدَيْن، ورَوى عنه إسماعيلُ بن سعيد في الشرطين في البيع: أن يقول: إذا بعتُكها فأنا أحقّ بها، بالثمن، وأن تخدُمَني سَنَةً، وظاهرُ كلام أحمد: أن الشرطين المنهيّ عنهما ما كان من هذا النحو. فأمّا إن شرط شرطين، أو أكثر من

(١) جملوه: أذابوه، تحايلا على استعماله، ثم باعوه على أنه ليس بشحم.

مُقتضىَ العقدِ ، أو مصلحتِه ، مثلُ أن يبيعَه بشرط الخيار ، والتأجيلِ ، والرّهْن ، والضَّمِين ، أو بشرط أن يُسَلِّمَ إليه المبيعَ ، أو الثمنَ ، فهذا لا يُؤَثِّرَ فى العقد ، وإن كَثُر ، وقال القاضى فى المجرّد : ظاهر كلام أحمد : أنّه متى شرط فى العقد شرطين بطَل ، سواء كانا صحيحين ، أو فاسدين ، لمصلحةِ العقدِ ، أو لغيرِ مَصْلحتِه . أخذاً من ظاهر الحديث . وعملاً بعُمومه . ولم يفرق الشافعىّ ، وأصحاب الرأى بين الشرط ، والشرطين . وَرَوَوا « أنّ النبىّ صلىّ اللهُ عليهِ وَسلّم نَهَى عَنْ بَيعٍ وَشَرْطٍ » ولأنّ الصحيح لا يؤثر فى البيع ، وإن كثُرَ . والفاسدُ يؤثّر فيه وإن اتّحد . والحديث الذى رويناه يدلّ على الفرق ، ولأن الغرر اليسيرَ إذا احتُمِلَ فى العقد لا يلزمُ منه احتمالُ الكثيرِ . وحديثهم لم يصحّ ، وليس له أصْلٌ ، وقد أنكره أحمدُ . ولا نعرفه مَرْوِيّاً فى مُسْنَدٍ ، ولا يُعَوّلُ عليه . وقول القاضى : إن النهىَ يَبْقَى على عمومه فى كلّ شرطين ، بعيدٌ أيضاً . فإنّ شَرْطَ مَا يقتضيه العقدُ ، لا يُؤَثِّر فيه بغير خِلافٍ . وشرطُ ما هو من مصلحة العقدِ .كالأجلِ ، والخيارِ ، والرهن ، والضّمين ، وشرط صفةٍ فى المبيع ، كالكتابة ، والصناعة ، فيه مصلحةُ العقدِ ، فلا ينبغى أن يؤثّر أيضاً فى بُطلانه ، قلت : أو كثُرَتْ ، ولم يذكر أحمدُ فى هذه المسألة شيئاً من هذا القسم . فالظاهرُ : أنّه غيرُ مُرادٍ له .

٣٠٨٦ (فصل) والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام :

أحدها : ما هو من مقتضى العقد ، كاشتراط التسليم ، وخيار المجلس ، والتقابُض فى الحال . فهذا وجودُه كعدمه ، لا يفيد حكماً ، ولا يؤثّر فى العقد .

الثانى : تَتَعلَّق به مَصْلَحةُ العَاقِدَيْن ، كالأجل ، والخيار والرهن ، والضّمين ، والشهادة ، أو اشتراط صِفةٍ مقصودةٍ فى المبيع ، كالصناعة ، والكتابة ، ونحوها ؛ فهذا شرطٌ جائز يلزَمُ الوفاء به . ولا نعلَمَ فى صحّة هذين القسمين خلافاً .

الثالث : ما ليس من مُقتضاه ، ولا من مَصْلَحَتِه ، ولا يُنافى مُقتضاه ، وهو نوعان :

أحدهما : اشتراطُ منفعةِ البائع فى المَبيع ، فهذا قد مضى ذِكرهُ .

الثانى : أن يشترط عَقْداً فى عقدٍ ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يَبيعَهُ شيئاً آخرَ ، أو يشترى منه ، أو يُؤَجِّره ، أو يُزَوِّجه ، أو يُسْلِفَه ، أو يَصْرِفُ له الثمن ، أو غيرَه ، فهذا شرطٌ فاسدٌ يفْسُدُ به البيعُ ، سواء اشترطه البائعُ ، أو المشترى ، وسنذكره إن شاء الله تعالى .

الرابع : اشتراط ما يُنافى مقتضَى البيع ، وهو على ضربين :

أحدها : اشتراطُ مابُنِىَ على التّغْليبِ ، والسّرَايةِ ، مثلُ أن يشترط البائعُ على المشترى عِتْقَ العَبْدِ ، فهل يصحّ ؟ على روايتين :

إحداهما : يصحّ ، وهو مذهب مالك ، وظاهرُ مذهب الشافعيّ ، لأنّ عائشةَ رَضِى اللهُ عنها « اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ ، وَشَرَطَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا عِتْقَهَا ، وَوَلَاءَهَا ، فأنكَرَ النبيُّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ شَرْطَ الوَلَاءِ دُونَ العِتْقِ » .

والثانيةُ : الشرطُ فاسدٌ ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه شرطٌ ينافى مُقْتَضَى العقدِ . أشبهَ إذا شرط أن لا يَبِيعَهُ ، لأنَّه شرَطَ عليه إزالةَ مِلْكه عنهُ ، أشبهَ مالو شرط أن يبيعَهُ ، وليس فى حديث عائشةَ أنهَّا شرطتْ لهم العِتْقَ ، وإنمّا أخبرتهم بإرادتها لذلك ، من غير شرط ، فاشترَطُوا الولاَء ، فإذا حكمنا بفساده ، فحكمهُ حكم سائر الشروط الفاسدة ، التى يأتى ذكرها ، وإن حكمنا بصحته ، فأعتقه المُشترى فقد وَفىَّ بما شُرِط عليه ، وإن لم يُعْتِقْهُ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يُجْبَرُ ، لأنّ شرط العِتْقِ إذَا صَحّ تعلّقَ بعينه ، فَيُجْبَرُ عليه ، كما لو نَذَر عتقه .

والثانى : لا يُجْبَرَ ، لأنّ الشرط لا يوجِبُ فِعْلَ المشروط . بدليل مالو شرط الرهنَ والضَّمِينَ ، فعلى هذا يثبُت للبائع خيارُ الفسخ ، لأنه لم يُسلّم له ماشرطه له ، أشبهَ مالو شرط عليه رَهْناً . وإن تعيَّب المبيعُ ، أو كان أمَةً ، فأحْبلَها ، أعتقهُ ، وأجزأه ، لأنّ الرِّقّ باقٍ فيه . وإن استغلّه أو أخذ من كَسْبِهِ شيئاً ، فهو له . وإن مات المَبِيعُ رجع البائعُ على المشترى بما نقصه شَرْطُ العِتق ، فيقال : كم قيمتُه لو بِيعَ مُطْلَقاً ، وكم يُساوى إذا بِيعَ بشرط العِتْقِ ؟ فَيَرْجِعُ بِقِسْطِ ذلك من ثمنه فى أحد الوجهين ، وفى الآخَرِ يَضْمَنُ ما نقَصَ من قيمته .

الضرب الثانى : أن يشترط غيرَ العِتْق ، مثلُ أن يشترط أن لا يبيعَ ، ولا يَهَبَ ، ولا يُعْتِق ، ولا يَطأ ، أو يَشْتَرِط عليه أن يبيعَه . أو يَقِفَه ، أو متى نَفَق المبيعُ ، وإلاّ رَدّه أو إن غصبه غاصبٌ رجع عليه بالثمن ، وإن أعتقه فالولاء له . فهذه ، وما أشبهها شروطٌ فاسدةٌ . وهل يفسُد بها البيع ؟ على روايتين. قال القاضى : المنصوصُ عن أحمد : أن البيعَ صحيحٌ . وهو ظاهر كلامِ الخِرَقىّ ههنا . وهو قول الحسن ، والشعبيّ ، والنخَعىّ ، والحكم ، وابن أبى ليلى ، وأبى ثور .

والثانية . البيعُ فاسدٌ . وهو مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعىّ ، لأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم « نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشرْطٍ » ولأنّه شرط فاسدٌ ، فأفسد البيعَ ، كما لو شرط فيه عقداً آخرَ . ولأنّ الشرط إذا فسد وجب الرجوعُ بما نقصه الشرطُ من الثمن ، وذلك مجهولٌ فيصيرُ الثمنُ مجهولاً . ولأنّ البائعَ إنما رَضِيَ بزوال مِلْكِهِ عن المَبِيعِ بشرطه ، والمشترى كذلك إذا كان الشرط له . فلو صحّ البيعُ بدونه لزال مِلْكُه بغير رضاه ، والبيعُ من شرطه التراضى .

ولنا : ما روت عائشة قالت : « جاءَتْنِي بَرِيرَةُ فقَالَتْ : كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ ، فِى كلِّ

عام أوقيةٌ ، فأعينيني ، فقلتُ : إن أحبَّ أهلُكِ أنْ أعُدَّها لهم عدّةً واحدةً . ويكونُ لي ولاؤكِ فعلتُ . فذهبتْ بريرةُ إلى أهلِها فقالتْ لهمْ ، فأبَوْا عليها . فجاءتْ مِنْ عندِهم ، ورسولُ اللهِ صلّى اللهُ عليه وسلّم جالسٌ . فقالتْ : إني عرضْتُ عليهمْ ، فأبَوْا إلاَّ أنْ يكونَ الولاء لهمْ . فسمِعَ النبيُّ صلّى اللهُ عليه وسلّمَ فأخبرتْ عائشةُ النبيَّ صلّى اللهُ عليهِ وسلّم فقالَ : خُذيها واشترطِي الوَلاَءَ ، فإنَّما الوَلاَءُ لِمَنْ أعتقَ . ففعلتْ عائشةُ . ثمَّ قامَ رسولُ اللهِ صلّى اللهُ عليهِ وسلّم في النّاسِ ، فحمِدَ اللهَ وأثنَى عليهِ . ثمَّ قالَ : أمّا بعدُ : ما بالُ رجالٍ يشترطُونَ شُروطاً ليستْ في كتابِ اللهِ ؟ ما كانَ مِنْ شرطٍ ليسَ في كتابِ اللهِ فهُوَ باطلٌ ، وإنْ كانَ مِائةَ شرطٍ ، قضاءُ اللهِ أحقُّ ، وشرْطُ اللهِ أوْثقُ . وإنّما الوَلاءُ لِمَنْ أعتقَ » متفق عليه . فأبطَلَ الشرط ، ولم يُبْطِلِ العقدَ . قال ابن المُنذِرِ : خبَرُ بريرةَ ثابتٌ . ولا نعلَمُ خبَراً يُعارِضُهُ ، فالقولُ به يجبُ .

فإن قيل : المرادُ بقوله « اشترطي لهُمُ الوَلاَءَ » أي عليهم . بدليل أنه أمرها به . ولا يأمُرها بفاسدٍ .

قلنا : لا يصحّ هذا التأويل لوجهين : أحدُهما : أن الولاء لها بإعتاقها . فلا حاجةَ إلى اشتراطه . الثاني : أنهم أبوُا البَيعَ إلا أن يُشترط الولاء لهم . فكيف يأمرها بما يعلمُ أنهم لا يقبلونه منها ؟ وأما أمرُه بذلك فليس هو أمراً على الحقيقة . وإنما صيغةُ الأمر ، بمعنَى التسويةِ بين الاشتراط ، وتركه ، كقوله تعالى (استغفِرْ لهمْ أوْلاَ تستغفِرْ لهُمْ) وقوله (اصْبِرُوا أوْ لاَ تصْبِرُوا) والتقديرُ : واشترطي لهمُ الولاءَ أوْلاَ تشترطي ، ولهذا قال عقيبَه « فإنَّما الوَلاَءُ لِمَنْ أعْتَقَ » وحديثُهم لاَ أصْلَ لَهُ عَلَى ماذكرنا ، وما ذكروه من المعنى في مُقابلةِ النصِّ غيرُ مقبول .

٣٠٨٧ (فصل) فإن حكمنا بصحّة البيع ، فللبائع الرجوعُ بما نقصه الشرطُ من الثمن ، ذكره القاضي، وللمشترى الرجوعُ بزيادة الثمن ، إن كان هو المشترط . لأن البائع إنما سَمَحَ ببَيْعِها بهذا الثمن لِما يحصُل له من الغرض بالشرط ، والمُشترى إنما سَمَح بزيادة الثمن من أجل شَرْطِه . فإذا لم يحصُل غَرَضُه ينبغي أن يَرجِع بما سَمَح به ، كما لو وجده مَعيباً .

٣٠٨٨ (فصل) فإن حكمنا بفساد العقد لم يحصُل به مِلْكٌ ، سواء اتّصل به القبضُ أو لم يتّصل . ولا ينفذُ تصرّف المشترى فيه ببيع ، ولا هِبَة ، ولا عِتْقٍ ، ولا غيره . وبهذا قال الشافعيّ . وذهب أبو حنيفة إلى أن الملك يثبُت فيه إذا اتّصل به القبضُ . وللبائع الرجوعُ فيه . فيأخذُه مع الزيادة المنفصلة ، إلا أن يتصرّف فيه المشترى تصرّفاً يمنع الرجوعَ فيه ، فيأخذَ قيمَته . واحتجّ بحديث بَريرَةَ . فإنّ

عائشةَ اشترَتْها بشرط الولاء ، فأعتقَتْها ، فأجاز النبيُّ صلّى الله عليه وسلّم العِتْقَ ، والبيعُ فاسدٌ . ولأنّ المشترىَ على صفةٍ يملكُ المَبيع ابتداء بعقدٍ . وقد حصل عليه الضمانُ ، للبدل عن عقد فيه تسليطٌ . فوجب أن يملكه ، كما لو كان العقدُ صحيحاً .

ولنا : أنه مقبوض بعقدٍ فاسدٍ ، فلم يملكْهُ ، كما لو كان الثمنُ مَيْتَةً ، أو دَماً ، فأمّا حديثُ بَرِيرَةَ ، فإنّما يدلّ على صِحّةِ العقدِ ، لا على ما ذكروه . وليس فى الحديث أنّ عائشةَ اشترتها بهذا الشرط . بل الظاهرُ أنّ أهلَ بَرِيرَةَ حينَ بلغهُمْ إنكارُ النبيّ صلّى اللهُ عليهِ وسلّم ، هذا الشرطَ تركوهُ ، ويحتملُ أنّ الشرط كان سابقاً للعقدِ ، فلم يُؤثّر فيه .

٣٠٨٩ (فصل) وعليه ردّ المبيع مع نَمائه المتّصل ، والمنفصل ، وأجرةِ مثله مُدَّةَ بقائِه فى يده . وإن نقص ضَمِنَ نقْصَهُ . لأنّها جملةٌ مَضْمُونَةٌ ، فأجزاؤها تكونُ مَضْمُونَةً أيضاً . فإن تلف المبيعُ فى يد المشترى ، فعليه ضمانُه بقيمته يوم التلف . قاله القاضى ، ولأنّ أحمد نصّ عليه فى الغَصْب . ولأنّه قبضَه بإذن مالكه . فأشبه العَارِيَةَ ، وذكر الخِرَقيّ فى الغَصْب : أنّه يلزمُه قيمتُه أكثرَ ما كانَتْ . فيُخرّج ههنا كذلك ، وهو أولى . لأن العين كانت على ملك صاحبها فى حال زيادتها ، وعليه ضمانُ نَقْصِها مع زيادتها . فكذلك فى حال تَلَفِها ، كما لو أتلفها بالجنَايَةِ ، ولأصحاب الشافعيّ وجهان كهذين .

٣٠٩٠ (فصل) فإن كان المبيعُ أَمَةً فوطِئَهَا المُشترى ، فلا حَدَّ عليه ، لاعتقاده أنّها مِلْكُه . ولأنّ فى الملكِ اختلافاً ، وعليه مَهْرُ مِثْلِها . لأنّ الحدّ إذا سقط للشُّبْهَةِ وَجَبَ المَهْرُ . ولأن الوطء فى مِلكِ الغَيْرِ يوجِبُ المَهْرَ ، وعليه أَرْشُ البَكَارةِ إنْ كانَتْ بِكْراً .

فإن قيل : أليس إذا تزوّج امرأةً تزويجاً فاسداً ، فوطِئَها ، فأزال بكارتها لا يَضْمَنُ البَكَارَة ؟

قلنا : لأنّ النكاحَ تَضَمَّنَ الإذنَ فى الوطء المُذْهِبِ لِلبَكَارةِ . لأنّه معقودٌ على الوطء . ولا كذلك البيعُ ، فإنّه ليس بمعقود على الوطء ، بدليل أنّه يجوزُ شراء مَنْ لا يَحِلُّ وطؤها . ولا يَحِلّ نِكَاحُها .

فإن قيل : فإذا أوجبتم مَهْرَ بِكْرٍ ، فكيف تُوجبونَ ضمانَ البَكَارةِ ، وقد دخل ضمانُها فى المَهْرِ ؟ وإذا أوجبتم ضمانَ البَكارةِ ، فكيف توجبون مَهْرَ بِكْرٍ وقد أدّى عِوضَ البكارة بضمانه لهَا ، فجرى مجرَى من أزال بَكارتَهَا بأصْبَعِه ثمّ وَطِئَهَا ؟

قلنا : لأنّ مهرَ البِكر ضمانُ المنفعَةِ ، وأَرْشُ البكَارةِ ضمانُ جُزْء ، فلذلك اجتمعا ، وأما الثانى فإنّه إذا وطئها بكراً ، فقد استوفى نَفْعَ هذا الجزء . فوجبت قيمتُه بما استوفى من نَفْعه ، فإذا أتلفه وجب ضمانُ عَيْنِه ، ولا يجوزُ أن تُضْمَنَ العينُ ويَسْقُط ضمانُ المَنْفعَةِ ، كما لو غصب عَيْناً ذاتَ مَنْفعةٍ ،

فاستوفى منفعتها ، ثم أتلفها ، أو غصب ثوباً فلبسه حتى أبلاه ، وأتلفه ، فإنه يضمن القيمة ، والمنفعة ، كذا ههنا .

٣٠٩١ (فصل) وإن ولدت كان ولدها حرًّا ، لأنه وطئها بشبهة ، ويلحق به النسب لذلك ، ولا ولاء عليه ، لأنه حرُّ الأصل ، وعلى الواطىء قيمته يوم وضعه ، لأنه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه ، فإن سقط ميتاً لم يُضمن ، لأنه إنما يضمنه حين وضعه ، ولا قيمة له حينئذ .

فإن قيل : فلو ضرب بطنها ، فألقت جنيناً ميتاً وجب ضمانه ؟

قلنا : الضاربُ يجب عليه غرَّة[1] ، وههنا يضمنه بقيمته ، ولا قيمة له ، ولأن الجانى أتلفه ، وقطع نماءه ، وههنا يضمنه بالحيلولة بينه ، وبين سيده ، ووقتُ الحيلولة وقتُ السقوط ، وكان ميتاً فلم يجب ضمانه ، وعليه ضمانُ نقص الولادة ، وإن ضرب بطنها أجنبى ، فألقت جنيناً ميتاً ، فعلى الضارب غرَّة ، عبد أو أمة ، للسيد منها أقل الأمرين ، من أرش الجنين ، أو قيمته يوم سقط ، لأن ضمان الضارب له قام مقام خروجه حيًّا ، ولذلك ضمنه البائع ، وإنما كان للسيد أقلُّ الأمرين ، لأن الغرة إن كانت أكثر من القيمة ، فالباقى منها لورثته ، لأنه حصل بالحرية ، فلا يستحق السيد منها شيئاً ، وإن كانت أقل ، لم يكن على الضارب أكثر منها ، لأنه بسبب ذلك ضمن ، وإن ضرب الواطىء بطنها ، فألقت الجنين ميتاً ، فعليه الغرة أيضاً ، ولا يرث منها شيئاً ، وللسيد أقلُّ الأمرين ، كما ذكرنا ، وإن سلم الجارية المبيعة إلى البائع حاملاً ، فولدت عنده ضمن نقص الولادة ، وإن تلفت بذلك ضمنها ، لأن تلفها بسبب منه ، وإن ملكها الواطىء لم تصر بذلك أم ولد ، على الصحيح ، من المذهب ، لأنها علقت منه فى غير ملكه ، فأشبه الزوجة ، وهكذا كل موضع حبلت فى ملك غيره ، ولا تصير له أم ولد بهذا .

٣٠٩٢ (فصل) إذا باع المشترى المبيع الفاسد لم يصح ، لأنه باع ملك غيره بغير إذنه ، وعلى المشترى ردُّه على البائع الأول ، لأنه مالك ، ولبائعه أخذه حيث وجده ، ويرجع المشترى الثانى بالثمن على الذى باعه ، ويرجع الأول على بائعه ، فإن تلف فى يد الثانى فللبائع مطالبة من شاء منهما ، لأن الأول ضامن ، والثانى قبضه من يد ضامنه ، بغير إذن صاحبه ، فكان ضامناً ، فإن كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثانى ، لم يرجع بالفضل على الأول ، لأن التلف فى يده ، فاستقر الضمان عليه ، فإن ضمن الأول رجع بالفضل على الثانى .

٣٠٩٣ (فصل) وإن زاد المبيع فى يد المشترى بسمن ، أو نحوه ، ثم نقص حتى عاد إلى ما كان

---

(١) الغرة : عبد أو أمة .

عليه ، أو ولدت الأمةُ في يدِ المشترى ، ثمّ مات ولدُها ، احتمل أن يضمن تلك الزيادة . لأنّها زيادةٌ في عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ . أشبهت الزيادةَ في المغصوب ، واحتمل أن لا يضمنها . لأنّه دخلَ على أن لا يكون في مقابلةِ الزيادة عِوَضٌ . فعلى هذا تكون الزيادة أمانةً في يده . فإن تلفت بتفريطه ، أو عُدوانِهِ ، ضَمِنهاَ ، وإلاّ فلا . وإن تلفت العينُ بعد زيادتها ، أسْقَطَ تلكَ الزيادة من القيمة ، وضَمِنهاَ بما بقى من القيمة حين أتْلَف . قال القاضي : وهذا ظاهرُ كلام أحمدَ .

٣٠٩٤ (فصل) إذا باع بيعاً فاسداً ، وتقابضا ، ثم أتلف البائعُ الثمن ، ثم أفْلَس . فله الرجوعُ في المَبيع . والمشترى أسْوَةُ الغُرَمَاء ، وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : المشترى أحقُّ بالمبيع من سائر الغُرماء ، لأنّه في يده . فكان أحقَّ به كالمرتهِنِ .

ولنا : أنّه لم يقبضهُ وثيقةً ، فلم يكن أحقَّ به . كما لو كان وديعةً عنده ، بخلاف المُرْتَهِنِ ، فإنّه قبَضَه على أنه وَثِيقَةٌ بحَقِّهِ .

٣٠٩٥ (فصل) إذا قال : بِعْ عَبْدَكَ مِنْ فُلاَن على أنّ عَلَيَّ خَمْسمائةٍ ، فباعَهُ بهذا الشرط ، فالبيعُ فاسدٌ ، لأنّ الثمن يجبُ أن يكون جميعُه على المشترى ، فإذا شرط كونَ بعضه على غيره لم يصحّ ، لأنه لا يملك المنعَ ، والثمنُ على غيره ، ولا يُشبه هذا ما لو قال : أعتِقْ عبدَك ، أو طلِّقِ امرَأتَكَ ، وعَلَيَّ خَمْسمائةٍ : لكون هذا عِوَضاً في مقابلة فكّ الزوجيّةِ ، ورقَبةِ العَبْد ، ولذلك لم يجز في النكاح ، أمّا في مسألتنا ، فإنّه معاوَضةٌ في مقابلةِ نَقْلِ المِلْكِ ، فلا يثبُت لمن العِوَضُ عَلَى غيره ، وإن كان هذا القول على وجه الضمان ، صحّ البيعُ ، ولزم الضمانُ .

٣٠٩٦ (فصل) والعَرَبُونَ في البيع : هو أن يشترى السِّلْعَة فيَدْفَعَ إلى البائع دِرْهماً أو غيرَه ، على أنه إن أخذ السِّلعَة احتَسَب به من الثمن ، وإن لم يَأخُذْها فذلك للبائع ، يقال : عَرَبُونٌ ، وأرَبُونٌ ، وعَرَبانٌ ، وأرَبَانٌ ، قال أحمد : لا بأس به ، وفعله عمر رضى الله عنه ، وعن ابن عمر : أنه أجازه ، وقال ابن سيرين : لا بأس به ، وقال سعيدُ بن المسيَّب ، وابن سيرين : لا بأس إذا كره السلعة أن يَرُدَّها ، ويَرُدَّ معها شيئاً ، وقال أحمد : هذا في معناه ، واختار أبو الخطّاب أنّه لا يصحّ ، وهو قول مالك ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى ، ويُرْوَى ذلك عن ابن عباس ، والحسن ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ العَرَبُونِ » رواه ابن ماجه . ولأنه شَرَطَ للبائع شيئاً بغير عِوَض ، فلم يصحّ ، كما لو شرطه لأجنبيّ . ولأنّه بمنزلة الخيار المجهول ، فإنّه اشترط أن له ردّ المبيع من غير ذكر مدّة ، فلم يصحّ ، كما لو قال: ولىَ الخيارُ متى شئتُ رَدَدْتُ السِّلْعةَ ومعها دِرهماً . وهذا هو القياس ، وإنما صار أحمدُ فيه إلى ما رُوى فيه عن نافع بن عبد الحارث « أنّهُ اشْتَرَى لِعُمَر دَارَ السِّجْنِ مِنْ صَفْوَان بنِ أُمَيَّةَ . فإنْ رضىَ عمر ،

وإلاّ فله كذا ، وكذا » قال الأثرم : قلت لأحمد : تذهبُ إليه ؟ قال : أيّ شيء أقولُ ؟ هـذا عمرُ رضى الله عنه . وضعّف الحديث المروىّ . روى هذه القصة الأثرم بإسناده ، فأمّا إن دفع إليه قبلَ البيع درهماً ، وقال : لا تَبِعْ هذه السلعة لغيْرى ، وإن لم أشترها منك فهذا الدرهمُ لكَ ، ثمّ اشتراها منهُ بعدَ ذلك بعقد مُبتَدإٍ ، وحَسَبَ الدرهمَ من الثمن صحّ . لأنّ البيعَ خلا عن الشرط المُفسد ، ويحتملُ أن الشراء الذى اشتُرِىَ لعُمرَ كان على هذا الوجه ، فيُحمَلُ عليه ، جمعاً بين فعله ، وبين الخبَر ، وموافقةِ القياس ، والأئمّة القائلين بفساد العَرَبُونِ . وإن لم يشتر السلعَة فى هذه الصورة ، لم يستَحِقّ البائعُ الدرهمَ لأنهّ يأخذُه بغير عِوَضٍ ، ولصاحبه الرجوعُ فيه . ولا يصحّ جعلهُ عوضاً عن انتظاره ، وتأخير بيعه من أجْلِه . لأنهّ لو كان عِوَضاً عن ذلك لما جاز جعلُه من الثمن فى حال الشِّراء . ولأن الانتظار بالبيع لا تجوزُ المعاوضَة عنه ، ولو جازت لوجب أن يكون معلومَ المِقدار ، كما فى الإجارة .

٣٠٩٧ « مسألة » قال ﴿ وإذا قال : بعتُك بكذا على أن آخذَ منك الدينار بكذا . لم ينعقد البيعُ ، وكذلك إن باعه بذهبٍ على أن يأخذ منه دَراهِمَ بصَرْفٍ ، ذَكراهُ ﴾

وجُملته : أن البيعَ بهذه الصفة باطلٌ . لأنه شرط فى العقد أن يُصارِفَهُ بالثمن ، الذى وقع العقدُ به . والمصارَفَةُ عقدُ بيعٍ فيكون بَيْعتان فى بَيْعةٍ . قال أحمد : هذا معناه ، وقد رَوى أبو هريرة قال « نَهىَ رَسُولُ الله صلّى الله عليه وسلّم عن بَيْعَتَيْنِ ، فى بَيْعَةٍ » أخرجه الترمذىّ ، وقال : حديث حسن ، صحيح . ورُوى أيضاً عن عبد الله ابن عمرو ، عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم ، وهـكذا كلّ ما كان فى معنَى هذا . مثلُ أن يقول : بعتُكَ دارى هذه ، على أن أبيعكَ دارى الأُخرَى بـكذا ، أو عَلَى أن تبيعني دَارَكَ ، أو عَلَى أن أُوَجِّرَكَ ، أوْ عَلَى أنْ تُوَجِّرَنِي كذَا ، أو على أن تزَوِّجَنِي ابْنَتكَ ، أو على أن أُزَوِّجَكَ ابْنَتِي ، ونَحْوُ هَذَا . فَهَذَا كُلُّه لاَ يَصِحّ ، قال ابن مسعود : « الصَّفْقتَانِ فِى صَفْقَةٍ رِباً » وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، وجمهورالعلماء . وجوّزه مالك ، وقال : لا ألتفتُ إلى اللّفظِ الفاسدِ . إذا كان مَعلوماً حلالاً . فـكأنهّ باع السلعةَ بالدراهم التى ذكر أنهّ يأخذُها بالدنانير .

ولنا : الخبر ، وأن النهىَ يقتضى الفساد . ولأنّ العَقد لا يجبُ بالشرط ، لـكونه لا يثبُت فى الذمّة ، فيسقُط فيفسُد العقدُ . لأن البائع لم يرضَ به . إلا بذلك الشرط . فإذا فات فات الرِّضَى به ، ولأنهّ شرطَ عقداً فى عَقْدٍ لم يصحّ ، كنـكاح الشِّغار[1] ، وقوله « لا أَلْتَفِتُ إِلَى اللَّفظِ » لا يصحّ . لأنّ البيعَ هو

---

(١) نـكاح الشغار : أن يقول أحد الشخصين للآخر : زوجنى أختك على أن أزوجك أختى ، أو بنتك على أن أزوجك ابنتى بدون مهر ، فتـكون كل واحدة فى مقابلة مهر الأخرى .

اللفظُ . فإذا كان فاسداً فكيفَ يكونُ صحيحاً ؟ ويتخرّج أن يصحّ البيعُ ويفسُد الشرطُ ، بناء على ما لو شرط ما يُنافى مقتضى العقد ، كما سبق . والله أعلم .

٣٠٩٨ (فصل) وقد روى فى تفسير بيعتين فى بيعة وجهٌ آخرُ : وهو أن يقول : بِعْتُكَ هذا العَبد بعشرةٍ نقداً ، أو بخمسةَ عشرَ نَسيئةً ، أو بعشرةٍ مُكَسَّرةٍ أو تِسعةٍ صحاحاً . هكذا فسّره مالك ، والثورىّ ، وإسحق ، وهو أيضاً باطلٌ . وهو قول الجمهور ، لأنّه لم يَجْزِم له ببيع واحد . فأشبه ما لو قال : بِعْتُك هذا أو هذا . ولأنّ الثمن مجهولٌ فلم يصحّ ، كالبيع بالرقم المجهول . ولأنّ أحد العِوَضَيْن غيرُ مُعيّن ، ولا معلوم . فلم يصحّ ، كما لو قال : بعتُك أحدَ عبيدِى . وقد رُوى عن طاوس ، والحكَم ، وحمّاد : أنهّم قالوا : لا بأس أن يقول : أبيعُك بالنقد بكذا ، وبالنَّسيئة بكذا فيذهَبُ على أحدهما . وهذا محمولٌ على أنّه جرى بينهما بعد ما يجرى فى العقد . فكأنّ المشترىَ قال : أنا آخذُه بالنَّسيئة بكذا . فقال : خُذْهُ ، أو قد رَضِيتُ ، ونحو ذلك . فيكون عقداً كافياً ، وإن لم يوجد ما يقوم مقام الإيجاب ، أو يدلّ عليه لم يصحّ ، لأنّ ما مضى من القول لا يصلُح أن يكون إيجاباً ، لما ذكرناه ، وقد رُوى عن أحمد فيمن قال : إن خِطْتَه اليومَ فلك درهم . وإن خِطْتَه غداً فلك نصفُ درهم : أنه يصحّ . فيحتمل أنْ يلحَقَ به هذا البيع ، فيخرُج وجهاً فى الصّحة . ويحتملُ أن يُفرق بينهما من حيثُ إنّ العقدَ ثمَّ يُمكن أن يصحّ ، لكونه جَعَالةً يُحتمَلُ فيها الجهالة ، بخلاف البيع ، ولأن العمل الذى يستحَقّ به الأجرَة لا يمكن وقوعُه إلاّ على إحدى الصفقتين ، فتتعيّن الأجرةُ المسمّاة عِوَضاً له . فلا يُفضى إلى التنازع ، وههنا بخلافه .

٣٠٩٩ (فصل) ولو باعه بشرط أن يُسلفه ، أو يُقرِضَهُ ، أو شرَط المشترى ذلك عليه . فهو محرّم ، والبيع باطلٌ . وهذا مذهبُ مالك ، والشافعىّ . ولا أعلمُ فيه خلافاً ، إلاّ أنّ مالكا قال : إن تركَ مشترِطُ السلفِ السلَفَ صَحّ البيعُ .

ولنا : ما رَوى عبدُ الله بن عمرو « أنّ النبىّ صلىّ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ رِبْحِ مَالم يُضْمَنْ . وَعَن بَيْعِ مَالم يُقْبَضْ ، وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِى بَيْعَةٍ ، وَعَنْ شَرْطَيْنِ فِى بَيْعٍ ، وَعَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ » أخرجه أبو داود ، والترمذىّ ، وقال : حديثٌ حسن ، صحيح ، وفى لفظ « لاَ يَحِلّ بَيْعٌ وَسَلَفٌ » ولأنّه اشترط عقداً فى عقد . ففسد ، كبيعتين فى بَيْعَةٍ . ولأنّه إذا اشترط القَرْضَ زاد فى الثمن لأجله ، فتصيرُ الزيادةُ فى الثمن عِوَضاً عن القَرْض ، وربحاً لَهُ . وذلك رِباً محرّم ، ففسد ، كما لو صرّح به . ولأنّه بَيعٌ فاسد ، فلا يعودُ صحيحاً ، كما لو باع دِرهماً بدرهمين ، ثم ترك أحَدَهما .

٣١٠٠ (فصل) وإذا جمع بين عقدين مختلفَى القيمةِ بعوَض واحد ، كالصرف ، وبيع ما يجوزُ التفرّق فيه ، قبل القبض ، والبيع ، والنكاح ، أو الإجارة ، نحوُ أن يقول : بعتُكَ هذا الدينار ، وهذا

الثوب ، بعشرين درهماً ، أوْ بعتُكَ هذهِ الدار ، وأجَّرْتُكَ الأُخرَى بألفٍ ، أو باعه سيفاً مُحَلًّى بالذهب ، بفضَّةٍ ، أو زَوَّجْتكَ ابْنتى وَبِعتُكَ عَبْدَهَا بألفٍ ، صحّ العقدُ فيهما . لأنّهما عينان يجوزُ أخذ العِوَض عن كلّ واحدة منهما منفردةً . فجاز أخذُ العِوَض عنهما مجتمعتين ، كالعبدين . وهذا أحدُ قولَى الشافعىّ . وقال أبو الخطّاب : فى ذلك وجهٌ آخرَ : أنّه لا يصحّ . وهو القولُ الثانى للشافعىّ ، لأن حكمهما مختلفٌ . فإن المبيعَ يُضْمَنُ بمجرّد البيع ، والإجارةُ بخلافه . والأول أصحّ ، وما ذكروه يَبْطُل بما إذا باع شِقْصاً وسَيْفاً . فإنّه يصحّ مع اختلاف حكمهما ، بوجوب الشُّفْعةِ فى أحدهما ، دون الآخر . فأمّا إن جمع بين الكتابة ، والبيع ، فقال كاتَبْتُكَ وبعتكَ عبدى هذا بألفٍ ، كُلّ شهر مائةٌ لم يصحّ . لأنّ المُكاتَبَ قَبْلَ تمام الكتابة عبدٌ قِنٌّ ، فلا يَصحّ أن يَشْتَرِىَ من سيِّدِه شيئاً . ولا يثبُت لسيّده فى ذمّته ثمنٌ ، وإذا بطل البيعُ ، فهل يصحّ فى الكتابة بقسطها ؟ فيه روايتان . نذكرهما فى تفريق الصفقة . وسوّى أبو الخطاب بين هذه الصورة ، وبين الصور التى قبلها ، فقال : فى الكلّ وجهان ، والذى ذكرناه إن شاء الله تعالى أولى .

٣١٠١ (فصل) فى تفريق الصفقة . ومعناه : أن يبيع ما يجوزُ بيعُه ، وما لا يجوزُ صَفْقَةً واحدةً ، بثمن واحدٍ . وهو على ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يبيع معلوماً ومَجْهولاً ، كقوله : بعتُك هَذهِ الفرسَ ، وما فى بَطْنِ هذه الفرسِ الأخرى بألف . فهذا البيعُ باطلٌ بكلِّ حالٍ . ولا أعلمُ فى بُطلانه خِلافاً ، لأن المجهولَ لا يصحّ بيعُه لجهالته . والمعلومُ مجهولُ الثمنِ . ولا سبيلَ إلى مَعْرِفَتِهِ . لأن معرفته إنما تكون بتقْسِيط الثمن عليهما . والمجهولُ لا يمكنُ تقويمُه فيتعذّر التقسيطُ .

الثانى : أن يكون المَبِيعانِ مما ينقسمُ الثمنُ عليهما بالأجزاء ، كعبدٍ مُشتركٍ بينَهَ وبين غيره باعه كلّه بغير إذنِ شريكه ، وكقفيزَيْنِ من صُبْرَةٍ واحدةٍ باعَهُمَا مَنْ لا يملك إلاّ بعضَهُمَا ، ففيه وجهان :

أحدها : يصحّ فى مِلْكه بقِسْطِه من الثمن ، ويفسدُ فيما لا يملكه .

والثانى : لا يصحّ فيهما . وأصلُ الوجهين : أن أحمد نصّ فيمن تزوّج حُرَّةً ، وأمةً على روايتين . إحداهما : يفسُد فيهما . والثانية : يصحّ فى الحرّةِ . والأولى أنّه يصحّ فيما يملكهُ . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة . وهو أحدُ قولَى الشافعىّ . وقال فى الآخَر : لا يصحّ . وهو قول أبى ثور ، لأن الصفقة جَمعتْ حَلالاً ، وحَراماً . فغلّب التحريمُ . ولأن الصفقة إذا لم يُمكن تصحيحُها فى جميع المَعْقُودِ عليه بَطَلتْ فى الكلّ ، كالجمع بين الأختين ، وبيع درهم بدرهمين .

ولنا : أن كلّ واحد منهما له حكمٌ لو كان منفرداً . فإذا جمع بينهما ثبتَ لكلّ واحد منهما حكمه ،

كما وباع شِقْصًا وسَيْفًا . ولأن ما يجوز له بيعُه قد صدر فيه البيعُ من أهله فى محلّه بشَرْطه ، فصحّ ، كما لو انفرد . ولأن البيعَ سببٌ اقتضى الُحكمَ فى محلّين، وامتنع حكمُهُ فى أحد المحلين ، لنَبوته عن قبوله . فيصحّ فى الآخَرِ ، كما لو أوصى بشىءٍ لآدمىّ ، وبَهِيمَةٍ ، وأمّا الدرهمان ، والأُختانِ فليس واحدٌ منهما أولى بالفساد من الآخر . فلذلك فسد فيهما . وههنا بخلافه .

القسم الثالث : أن يكون المبيعان معلومَيْن ممّا لا ينقسمُ عليهما الثمنُ بالأجْزاء . كعبد ، وحُرّ ، وخَلّ ، وخَمْرٍ ، وعبده ، وعَبْدِ غيرِهِ ، وعبدٍ حَاضِرٍ ، وآبِقٍ . فهذا يَبْطُل البيعُ فيما لا يصحّ بيعُه . وفى الآخر روايتان . نقل صالح عن أبيه فيمن اشترى عَبْدين فوجد أحدهما حُرًّا رجع بقيمته من الثمن ، ونقل عنه مهنا فيمن تزوّج امرأةً على عبدين ، فوجد أحدهما حُرًّا ، فلها قيمةُ العبدين . فأبطل الصدَّاق فيهما جميعاً، وللشافعىّ قولان كالروايتين . وأبطل مالكٌ العقدَ فيهما ، إلاَّ أن يبيع مِلْكَهُ ، وملكَ غيره . فيصحّ فى مِلْكه . ويقفُ فى ملك غيره على الإجازة ، ونحوُه قول أبى حنيفة . فإنه قال : إن كان أحدُهما لا يصحّ بيعُه بنصٍّ ، أو إجماعٍ ، كالحرّ والخمر ، لم يصحّ العقدُ فيهما . وإن لم يثبت بذلك ، كمِلْكه وملكِ غيره ، صحّ فيما يملِكه ، لأنّ ما اختُلِف فيه يُمكن أن يَلْحَقُه حكمِ الإجازة ، بحكم حاكمٍ بصحة بَيْعِه . وقال أبو ثور : لا يصحّ بيعُه لما تقدّم فى القسم الثانى . ولأن الثمن مجهول . لأنه إنما يَتَبَيّن بالتقسيط للثمن على القيمة ، وذلك مجهولٌ فى الحال . فلم يصح البيعُ به ، كما لو قال : بعتُك هذه السلعةَ برقمها ، أو بحصّةٍ من رأس المال . ولأنه لو صرّح به فقال : بعتُكَ هذا بقسطه من الثمن لم يصحّ . فكذلك إذا لم يُصرّح ، وقال مَنْ نَصَر الرواية الأولى : إنه متى سَمّى ثمناً فى مَبيع يَسْقُط بعْضُه لا يوجب ذلك جَهالةً تمنعُ الصِّحّةَ ، كما لو وَجدَ بعض المبيع مَعِيباً ، فأخذ أرْشَه ، والقولُ بالفساد فى هذا القسم إن شاء الله أظهرُ . والحكم فى الرهن ، والهِبةِ ، وسائر العقود إذا جمعَتْ ما يجوزُ ، وما لا يجوزُ ، كالُحكمِ فى البيع ، إلاّ أنّ الظاهرَ فيها الصحّة . لأنها ليست عقودَ معاوَضةٍ . فلا تُوجد جَهالةُ العِوَض فيها .

٣١٠٢ (فصل) وإن وقع العقدُ على مَكيلٍ ، أو موزونٍ فتلف بعضُه قبلَ قبضه ، لم ينفَسِخْ العقدُ فى الباقى . روايةً واحدةً . ويأخُذ المشترى الباقىَ بحِصَّتِهِ من الثمن . لأنّ العقدَ وقع صحيحاً ، فذهابُ بعضِه لاَ يَفْسَخُه ، كما بَعْدَ القبض ، وكما لو وَجد أحدَ المبيعَيْن مَعيباً فردَّه ، أو أقال أحدُ المتبايعين الآخرَ فى بَعْض المَبيع .

٣١٠٣ (فصل) وإن كان لرجلين عبدان ، لكلّ واحدٍ عبدٌ ، فباعاهما صَفْقَةً واحدةً بثمن واحدٍ ، أو وكّل أحدُهما صاحبَه فباعهما بثمن واحدٍ . ففيه وجهان :

أحدهما : يصحّ فيهما . ويتقسّط العِوَضُ على قدر قيمتهما ، وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، وأحدُ

قولى الشافعىّ . لأن جُملَة الثمن معلومة . فصحّ ، كما لو كانا لرجلٍ واحدٍ ، وكما لو باعا عبداً واحداً لهما ، أو قفيزَيْنِ من صُبْرَةٍ واحدةٍ .

والثانى : لا يصحّ . لأنّ كلّ واحد منهما مَبيعٌ بقِسْطه من الثمن . وهو مجهولٌ على ما قدمنا . وفارق ما إذا كانا لرجلٍ واحدٍ . فإن جُملة المبيع مقابَلةٌ بجُمْلةِ الثمن ، من غير تقسيطٍ ، والعبدُ المشترَك ، والقفيزان ينقسم الثمنُ عليهما بالأجزاء ، فلا جَهالةَ فيه .

٣١٠٤ (فصل) ومتى حكمنا بالصحّة فى تفريق الصفقة ، وكان المشترى عالماً بالحال فلا خيارَ له . لأنّه دخلَ على بَصيرةٍ . وإن لم يعلم ، مثلُ أن اشترى عبداً يظنّه كلَّهُ للبائع ، فبان أنّه لا يملكُ إلاّ نصْفَهُ ، أو عبدين فتبيّن أنّه لا يملكُ إلاَّ أحدهما . فله الخيارُ بين الفسخ ، والإمساك . لأنّ الصفقة تبعّضتْ عليه . وأما البائع فلا خيارَ له . لأنّه رضى بزوال ملكه عمّا يجوزُ بيعُه بقِسْطِه . ولو وقع العقدُ على شيئين يُفْتَقَرُ إلى القبض فيهما ، فتلف أحدُهما قبل قبضه ، فقال القاضى : المشترى الخيارُ بين إمساك الباقى بحِصّته ، وبين الفسخ . لأن حكم ما قبل القبض فى كون المبيع من ضمان البائع ، حكمُ ما قبلَ العقد . بدليل أنه لو تعيَّبَ قبل قبضه لمَلَك المشترى الفسخَ به .

٣١٠٥ « مسألة » قال ﴿ ويتّجر الوصىُّ بمال اليتيم . ولا ضمانَ عليه . والربحُ كلُّه لليتيم . فإن أعطاه لمن يُضارب له به فللمُضارب من الربح ما وافقه الوصىُّ عليه ﴾ .

وجملته : أن لولىّ اليتيم أن يُضاربَ بماله ، وأن يَدْفَعُه إلى من يُضارِبُ له به ، وَيجْعَلَ له نصيباً من الربح ، أباً كان ، أو وَصِيّا ، أو حاكماً ، أو أمينَ حاكمٍ . وهو أولى من تركه . وممّن رأى ذلك : ابن عمر ، والنخَعِىّ ، والحسنُ بن صالح ، ومالكٌ ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحابُ الرأى . ويروى إباحةَ التّجارة به عن عمر ، وعائشةَ ، والضحّاك ، ولا نعلم أحداً كرهه ، إلا ما رُوى عن الحسن . ولعلّه أراد اجتناب المُخاطَرةِ به . ولأنّ خَزْنَهُ أحْفَظُ له ، والذى عليه الجمهُور أولى . لما رَوى عبدُ الله بن عمرو بن العاص : أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « مَنْ وَلِيَ يَتِيماً لَهُ مَالٌ فَلْيَتَّجِرْ لَهُ ، وَلاَ يَتْرُكْهُ حَتّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ » ورُوى ذلك عن عمر بن الخطّاب رضى الله عنه ، وهو أصحّ من المرفوع . ولأنّ ذلك أحظُّ المُولَّى عليه ، لتكون نفقتُه من فاضلِه ، وربحه ، كما يفعلُه البالغون فى أموالهم وأموال من يَعِزّ عليهم من أولادهم إلاّ أنّه لا يتّجرُ إلاّ فى المواضع الآمِنةِ . ولا يدفعُه إلا لأمينٍ ، ولا يُغرِّرُ بماله . وقد رُوى عن عائشة رضى الله عنها « أَنَّهَا أَبْضَعَتْ[1] مَالَ مُحَمَّدِ بن أبى بَكْرٍ فِي الْبَحْرِ » فيَحتمِلُ

---

(١) أبضعت مال محمد بن أبى بكر : جعلته بضاعة فى البحر أى سمحت بالمتاجرة فى ماله فى بضاعة بطريق البحر .

أنه كان فى موضع مأمون ، قريبٍ من الساحل . ويحتمل أنها جعلته من ضمانه عليها ، إن هلك غرمته . فمتى اتجر فى المال بنفسه فالربحُ كلُّه لليتيم . وأجاز الحسنُ بن صالح ، وإسحاقُ أن يأخذه الوصىُّ مُضاربةً لنفسه . لأنه جاز أن يدفعه بذلك إلى غيره . فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه . والصحيح ما قلنا . لأن الربحَ نماء مالِ اليتيم . فلا يستحقه غيرُه إلاَّ بعقدٍ . ولا يجوز أن يعقد الولىُّ المُضاربةَ معَ نفسِهِ . فأمَّا إنْ دَفَعَهُ إلى غيره فللمُضاربِ مَا جَعَلَهُ لَهُ الولىّ ، ووافقه عليه ، أى اتفقا عليه فى قولهم جميعاً . لأن الوصىَّ نائبٌ عن اليتيم فيما فيه مصلحته ، وهذا فيه مصلحتُه فصار تصرُّفه فيه كتصرّف المالك فى ماله .

٣١٠٦ (فصل) ويجوز لولىّ اليتيم إبْضَاعُ مالِهِ . ومعناه : دَفْعُهُ إلى مَنْ يتَّجِرُ به ، والربُح كلُّه لليتيم ، وقد رُوى عن عائشةَ رضىَ الله عنها « أنها أبضعَتْ مَال مُحمد ابنِ أبى بكرٍ » ولأنَّه إذا جاز دفعُه بجُزءٍ من ربحه ، فدفعُه إلى من يُوفّر الربحَ أولى . ويجوز أن يشترى له العقارَ لأنه مصلحةٌ له. فإنَّه يحصُل منه الفضلُ ، ويبقى الأصلُ ، والغَرَرُ فيه أقلُّ من التّجارة . لأنّ أصلَه محفوظ . ويجوزُ أن يبنىَ لهُ عقاراً . لأنه فى معنى الشرَّاء ، إلاّ أن يكون الشراء أحظ ، وهو ممكن . فيتعيّن تقديمُه . وإذا أراد البناء بناهُ بما يرى الحظّ فى البناء به . وقال أصحابُنا : يبنيه بالآجرّ ، والطّين . ولا يبنى باللَّبن . لأنّه إذا هُدِمَ لا مرجُوعَ له ، ولا بجصّ ، لأنّه يلتصقُ بالآجُرّ ، فلا يتخَلّصَ منه . فإذا هُدِم فسد الآجرّ . لأنّ تخليصه منهُ يفضى إلى كَسْره ، وهذا مذهبُ الشافعىّ . والذى قلناه أولى إن شاء الله تعالى . فإنه إذا كان الحظّ له فى البناء بغيره ، فتركه ، ضيعَ حظّه ومالَه . ولا يجوز تضييعَ الحظ العاجل ، وتحمّل الضرر الناجز المتيقّن لتوهمّ مصلحةِ بقاء الآجرّ عند هَدْم البناء . ولعلّ ذلك لا يكونُ فى حياته ، ولا يحتاجُ إليه ، مع أن كثيراً من البُلدان لا يوجد فيها الآجرّ ، وكثير منها لم تجر عادتهُم بالبناء به . فلو كُلِّفوا البناء به لا حتاجوا إلى غَرامَةٍ كثيرةٍ لا يحصُل منها طائلٌ . وقول أصحابنا يختص مَنْ عادتهُمُ البناء بالآجُرّ ، كالعراق ، ونحوها . فلا يصح فى حقّ غيرهم .

٣١٠٧ (فصل) ولا يجوز بيعُ عقاره لغير حاجةٍ . لأننا نأمرُه بالشراء ، لما فيه من الحظّ . فيكون بيعُه تَفويتاً للحظّ . فإن احتيج إلى بيعه جاز . نقل أبو داود عن أحمد : يجوزُ للوصىّ بيعُ الدُّور على الصِّغار ، إذا كان نَظَراً لهم . وبه قال الثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحابُ الرأى ، وإسحاق . قالوا : يبيعَ إذا رأى الصلاحَ . قال القاضى : لا يجوز إلاّ فى موضعين .

أحدهما : أن يكون به ضرورةٌ إلى كُسْوةٍ ، أو نَفَقةٍ ، أو قضاءِ دين ، أو ما لابدّ منه ، وليس له ما تندفعُ به حاجتُه .

الثانى : أن يكون فى بَيْعِهِ غِبْطةٌ . وهو أن يُدْفعَ فيه زيادةٌ كثيرةٌ على ثمن المثل . قال أبو الخطّاب : كالثلث ، ونحوه ، أو يُخاف عليه الهلاكُ بغَرَقٍ أو خَرابٍ . أو نحوه . وهذا مذهبُ الشافعىّ ، وكلامُ أحمد يقتضى إباحةَ البيع فى كلّ موضع يكون نظراً لهم . ولا يختصّ بما ذكروه . وقد يرى الولىُّ الحظَّ فى غير هذا ، مثلُ أن يكون فى مكان لا يُنْتفَعُ به ، أو نَفْعُهُ قليلٌ ، فيبيعهُ ، ويَشْترى له فى مكان يكثرُ نفعهُ ، أو يرَى شيئاً فى شرائه غِبْطَةٌ ، ولا يمكنهُ شراؤه إلاّ ببَيْعِ عقارِه . وقد تكون دارهُ فى مكان يتضرّرُ الغلامُ بالمُقام فيها ، لسوء الجوار ، أو غيره ، فيبيعُها ويشترى له بثمنها داراً يصلُح له المُقام بها ، وأشباه هذا ممّا لا ينحصر . وقد لا يكون له حظّ فى بيع عقاره ، وإن دفع فيه مِثْلاَ ثمنِه ، إمّا لحاجته إليه ، وإمّا لأنه لا يمكن صرفُ ثمنه فى مثله ، فيضيعُ الثمن ، ولا يُبارَكُ فيه . فقد جاء عن النبىِّ صلىّ الله عليه وسلم « مَنْ بَاعَ دَاراً أَوْ عَقَاراً ، وَلَمْ يَصْرِفْ ثَمَنَهُ فِى مِثْلِهِ لَمْ يُبَارَكْ لَهُ فِيهِ[1] » فلا يجوزُ بيعُه إذاً . فلا معنى لتقييده بما ذكروه فى الجواز ، ولا فى المنع . بل متى كان بيعُه أحظّ له جاز بيعُه وإلا فلا .

٣١٠٨ (فصل) ويجوز لولىّ اليتيم كتابةُ رقيق اليتيم ، وإعتاقهُ على مالٍ ، إذا كان الحظّ فيه ، مثلُ أن تكون قيمتُه ألفاً فيكاتبه بألفين ، أو يُعتقُه بألفين . فإن لم يكن فيها حظّ لم يصحّ . وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يجوزُ إعتاقهُ . لأن الإعتاق بمالٍ تعليقٌ له على شرط . فلم يملكه ، ولىُّ اليتيم كالتعليق على دخول الدار . وقال الشافعىّ : لا تجوز كتابتهُ ، ولا إعتاقُه ، لأنّ المقصود منها العتقُ دون المعاوَضةِ . فلم يجُز ، كالإعتاق بغير عِوَضٍ .

ولنا : أنها معاوضة لليتيم فيها حظّ ، فملكها وليُّه ، كبيعه . ولا عبرةَ بنفع العبد ، ولا يضرّه كونه تعليقاً . فإنّه إذا حصل الحظّ لليتيم لا يضرّه نفعُ غيره ، ولا كونُ العتق حصل بالتعليق . وفارق ما قاسُوا عليه . فإنه لا نفع فيه ، فمنع منه ، لعدَم الحظّ ، وانتفاء المقتضى ، لا لما ذكروه . ولو قُدِّر أن يكون فى العتق بغير مالٍ نفعٌ كان نادراً . ويتوجّه أن يصحّ . قال أبو بكر : يتوجه العتقُ بغير عِوَض للحظّ ، مثلْ أن يكون لليتيم جاريةٌ وابنتُها يساويان مائةً مُجتمعَيْنِ ، ولو أفردَتْ إحداهما ساوتْ مائتين . ولا يمكنُ إفرادها بالبيع ، فيُعتقُ الأخرى لتكثُرَ قيمةُ الباقية ، فتصيرَ ضعفَ قيمتها .

٣١٠٩ (فصل) قال أحمد : ويجوز للوصىّ أن يشترىَ لليتيم أُضْحِيَةً ، إذا كان له مالٌ ، يعنى مالاً كثيراً ، لا يتضرّر بشراء الأضحية . فيكون ذلك على وجه التوسعة فى النفقة فى هذا اليوم الذى

---

(١) ينبغى تقييد عدم البركة بما إذا لم يكن محتاجاً إليه فى شىء غير العقار ، كسداد دين ، أو نفقه ، أو تجارة رابحة مضمونة الربح أو فيها مصلحة للمسلمين ، كجلب الطعام والكسوة لهم أو نحو لك . وهذا الحديث رواه ابن ماجة والحافظ الضياء عن حذيفة وهو حديث صحيح .

هو عيد ، ويومُ فرح ، وفيه جَبْرُ قلبه ، وتطييبه ، وإلحاقهُ بمَنْ له أب ، فينُزّل منزلةَ الثّياب الحَسَنَة ، وشراء اللحم ، سيّماً مع استحباب التوسعة فى هذا اليوم ، وَجَرْيِ العادةِ بها ، بدليل قول النبيّ صلىّ الله عليه وسلم « إنّها أيّامُ أكْلٍ وَشُرْبٍ ، وذكرِ للهِ عَزَّ وَجَلّ » رواه مسلم . ومتى كان خلطُ مال اليتيم أرفقَ به ، وألينَ فى الْخبز ، وأمكن فى حصول الأُدْم ، فهو أولى . وإن كان إفرادُه أرفقَ به أفرده . لقوله تعالى (٢ : ٢٢ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ ، وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ ، وَاللهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ . وَلَوْ شَاءَ اللهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) أى ضيّق عليكم وشدّد ، من قولهم : أعْنَتَ فلانٌ فلاناً إذا ضَيّقَ عليه وشدّد . وَعَنِتَتِ الرِّجْلُ إِذَا ضَلَعتْ[1] . ويجوز للوصىّ تركُ الصبىّ فى المكتب بغير إذنِ الحاكم . وحُكى لأحمد قولُ سُفيان : لايُسَلِّم الوصىُّ الصبىَّ إلا بإذن الحاكم . فأنكر ذلك . وذلك لأن المكتب من مَصالحه . فجرى مجرى نفقته . لمأكوله ، ومشروبه ، وملبوسه . وكذلك يجوز له إسلامُه فى صناعة إذا كانت مصلحته فى ذلك ، لما ذكرناه .

٣١١٠ (فصل) وإذا كان الولىّ مُوسراً . فلا يأكل من مال اليتيم شيئاً ، إذا لم يكن أباً ، لقوله تعالى (٤ : ٦ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ) وإن كان فقيراً فله أقلّ الأمرين : من أجْرته ، أو قدرِ كفايته . لأنه يستحقّه بالعمل ، والحاجةِ جميعاً . فلم يجُز أن يأخذ إلاّ ما وُجِدَا فيه . فإذا أكل منه ذلك القدر ، ثم أيسر ، فإن كان أباً لم يلزمْهُ عِوَضُه . روايةً واحدةً . لأنّ للأب أن يأخذَ من مال ولده ما شاء ، مع الحاجة وعدمها . وإن كان غيرَ الأب فهل يلزمُه عوضُ ذلك ؟ على روايتين .

إحداهما : لا يلزمُه . وهو قول الحسن والنخَعىّ . وأحدُ قولى الشافعىّ . لأنّ الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكرِ عِوَض . فأشبه سائرَ ما أُمِر بأكله . ولأنه عوض من عمله ، فلم يلزمُه بدَلُه ، كالأجير والمُضارب .

والثانية : يلزمُه عوضه ، وهو قول عَبيدَة السّلْمانىّ ، وعطاء ، ومُجاهد ، وسعيد بن جُبَير ، وأبى العالية . لأنه استباحَه بالحاجة من مال غيره . فلزمه قضاؤُه كالمضطرّ إلى طعامِ غيره . والأوّل أصحّ . لأنه لو وجب عليه إذا أيسر لكان واجباً فى الذمّة قبل اليسار . فإنّ اليسار ليس بسببٍ للوجوب ، فإذا لم يجب بالسبب الذى هو الأكلُ لم يجب بعدَه . وفارق المضطرّ . فإن العِوَض واجبٌ عليه فى ذمّته ، ولأنّه لم يأكلْهُ عِوضاً عن شىء ، وهذا بخلافه .

٣١١١ (فصل) فأما قرضُ مال اليتيم : فإذا لم يكن فيه حظٌّ له لم يجُز قرضُه ، فمتى أمكن الولىَّ التجارةُ به ، أو تحصيل عَقارٍ له فيه الحظّ لم يُقْرِضْهُ . لأنّ ذلك يفوّت الحظّ على اليتيم . وإن لم يمكن

(١) عنتت : بفتح العين وكسر النون ، وضلعت مثلها ، ومعنى ضلعت اعوجت .

وقد ذكرناها فيما مضى . وأما غير المميِّز فلا يصحُّ تصرُّفه ، وإن أذن له الوليُّ فيه ، إلاَّ فى الشىء اليسير ، كما رُوى عن أبى الدرداء « أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ صَبِىٍّ عُصْفُوراً فَأَرْسَلَهُ » ذكره ابن أبى موسى .

٣١١٦ « مسألة » قال ﴿ وما استدان العبد فهو فى رقبته ، يفديه سيّده ، أو يُسلمه ، فإن جاوز ما استدان قيمتَه ، لم يكن على سيّده أكثرُ من قيمته ، إلاَّ أن يكون مأذوناً له فى التجارة . فيلزم مولاه جميعَ ما استدان ﴾ .

فى هذه المسألة أربعة فصول :

أحدها : فى استدانة العبد ، يعنى أخذه بالدين . يقال : ادَّانَ ، واستدان ، وتديَّن : قال الشاعر :

يُؤَنِّبُنِى فِى الدَّيْنِ قَوْمِى ، وإِنَّمَا تَدَيَّنْتُ فِيمَا سَوْفَ يَكْسِبُهُمْ حَمْدَا

والعبيدُ قسمان : محجور عليه . فما لزمه من الدَّين بغير رضى سيّده ، مثلُ أن يقترض ، أو يشترى شيئاً فى ذمَّته . ففيه روايتان .

إحداهما : يتعلَّق برقبته . اختارها الخِرَقىّ ، وأبو بكر . لأنه دين لزمه بغير إذن سيِّده. فتعلَّق برقبته ، كأرش جنايته .

والثانية : يتعلَّق بذمَّته ، يتبعُه الغريمُ به ، إذا أعتق ، وأيسرَ . وهذا مذهب الشافعىِّ . لأنَّه متصرِّف فى ذمَّته بغير إذن سيِّده . فتعلَّق بذمَّته ، كعوض الخُلْع من الأمة ، وكالحرّ .

القسم الثانى : المأذون له فى التصرّف ، أو فى الاستدانة ، فما يلزمُه من الدين : هل يتعلَّق بذمَّة السيّد أو برقبته ؟ على روايتين ، وقال مالك ، والشافعىّ : إن كان فى يده مالٌ قُضِيت ديونهُ منه ، وإن لم يكن فى يده شىء تعلَّق بذمَّته ، يتبع به إذا عَتَق وأيسر . لأنه دينٌ ثبت برضَى مَنْ له الدين . أشبه غير المأذون له . فوجب أن لا يتعلَّق برقبته . كما لو استقرض بغير إذن سيّده ، وقال أبو حنيفة : يُباع إذا طالبَ الغُرَمَاء بِبَيْعِهِ . وهذا معناه : أنه تعلَّق برقبته . لأنه دينٌ ثبتَ برضَى مَنْ له الدين ، فيباعُ فيه ، كما لو رهنه .

ولنا : أنّه إذا أذن له فى التجارة ، فقد أغرى الناس بمُعاملته ، وأذن فيها ، فصار ضامناً . كما لو قال لهم : دايِنُوه ، أو أذن فى استدانة تَزيدُ على قيمته . ولا فرق بين الدين الذى لزمه فى التجارة المأذون فيها ، أو فيما لم يُؤْذَن فيه ، مثلُ أنْ أذنَ له فى التجارة فى البرّ فاتَّجر فى غيره . فإنه لا ينفكُّ عن التغرير . إذ يَظنُّ الناسُ أنّه مأذون له فى ذلك أيضاً .

الفصل الثانى : فيما لزمه من الدين من أُرُوش جِنَايَاتهِ ، أو قِيَمِ مُتْلَفَاتهِ . فهذا يتعلَّق برقبة العبد على كلّ حال ، مأذوناً أو غيرَ مأذون . روايةً واحدةً . وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وكلُّ ما يتعلَّق

ولأنه يُقبل قولُه فى عدم التفريط فيما تصرّف فيه من غير العَقار . فيقبَل قولُه فى العقار ، كالأب . وإذا بلغ الصبىُّ فادّعى أنّه لا حظّ له فى البيع لم يُقبلْ إلاّ ببيِّنةٍ . فإن لم تكن بيِّنةٌ ، فالقولُ قولُ الولىّ مع يمينه . وإن قال الولىّ : أنفقت عليك منذُ ثلاثِ سنينَ ، وقال الغلامُ ما مات أبى إلاّ منذُ سنتين فالقولُ قول الغلام . ذكره القاضى : لأن الأصلَ حياةَ والده ، واختلافُهما فى أمرٍ ليس الوصىُّ أميناً فيه ، فكان القولُ قولَ من يُوافق قولُه الأصلَ .

٣١١٤ (فصل) قال أحمد : يجوز للوصىّ البيعُ على الغائب البالغ ، إذا كان من طريق النظر . وقال أصحابُنا : يجوز للوصىّ البيعُ على الصغار ، والكبار ، إذا كانت حقوقُهم مشتركةً فى عَقارٍ فى قسمه إضرارٌ ، وبالصغار حاجةٌ إلى البيع ، إما لقضاء دين ، أو مُؤْنةٍ لهم . وقال أبو حنيفة ، وابن أبى ليلى : يجوز البيعُ على الصغار ، والكبار ، فيما لا بدّ منه . ولعلّهما أرادا هذه الصورة .لأن فى ذلك نظراً للصغار ، واحتياطاً للميّت فى قضاء دَيْنه . وقال الشافعىّ : لا يصحّ بيعُه على الكبار . لأنه تصرّف فى مال غيره من غير وَكالةٍ . ولا ولايةٍ . فلم يصحّ ، كبيع ماله المُفْرَزِ ، أو ما لا تضرّ قسمتُه . وهذا هو الصحيح ، وما ذكروه لا أصل له يقاسُ عليه . ويعارضُه أنّ فيه ضرراً على الكبار ببيع ما لهم بغير إذنهم . ولأنّه لا يجوز له بيعُ غير العقار . فلم يجُز له بيعُ العقار ، كالأجنبىّ .

٣١١٥ (فصل) ويصحّ تصرّف الصبىّ المميّز بالبيع ، والشراء ، فيما أذن له الولىُّ فيه ، فى إحدى الروايتين . وهو قولُ أبى حنيفة .

والثانية : لا يصحّ حتى يبلُغ . وهو قول الشافعىّ . لأنّه غيرُ مُكلّف ، أشبه غير المُميّز ، ولأنّ العقل لا يمكنُ الوقوفُ منه على الحدّ الذى يَصلُح به التصرّف ، لخفائه ، وتزايده تزايداً خَفِىّ التدريج. فجعل الشارعُ له ضابطا ، وهو البُلوغُ . فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجُود المَظِنّة .

ولنا قول الله تعالى (٤ : ٦ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ، فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً ، فادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) ومعناه : اختبروهم ، لتعلموا رُشْدَهم . وإنما يتحقّق اختبارهم بتفويض التصرّف إليهم ، من البيع ، والشراء ، وليُعلَمَ هل يُغبَنُ أولا . ولأنّه عاقلٌ مميّز ، محجور عليه ، فصحّ تصرّفه بإذن وليّه ، كالعَبْد ، وفارق غير المَميّز ، فإنّه لا تحصُل المصلحةُ بتصرّفه ، لعدم تمييزه ، ومعرفته ، ولا حاجة إلى اختباره . لأنّه قد علم حاله . وقولهم « إنّ العَقْلَ لاَ يُمْكِنُ الاطِّلاَعُ عَلَيْهِ » قلنا : يُعلم ذلك بآثاره ، وجريان تصرّفاته على وَفْق المَصلحة ، كما يُعلم فى حقّ البالغ . فإن معرفة رُشده شرطُ دَفْع ماله إليه ، وصحّةِ تصرّفه ، كذا ههنا . فأمّا إن تصرّف بغير إذن وليّه لم يصحّ تصرُّفه ، ويحتمل أن يصحّ ، ويقف على إجازةِ الولىِّ . وهو قولُ أبى حنيفة ، ومبنى ذلك : على ما إذا تصرّف فى مالِ غيره بغير إذنه .

وأما العبد المأذون له : فيصحُّ تصرّفه فى قَدْر ما أُذِن له فيه . لا نعلم فيه خلافاً . ولا يصحُّ فيما زاد . نصّ عليه أحمد . وبه قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : إذا أُذِنَ له فى نوعٍ انفكَّ الحجْرُ عنه . وجاز له التصرّف مُطلقاً . لأنّ الحجْرَ لا يتجزّأ . فإذا زال بعضُه زال كلّه .

ولنا : أنه متصرّف بالإذن . فاختصّ تصرّفه بمحلّ الإذن ، كالوكيل . وقولهم : إن الحجر لا يتجزّأ . لا يصحُّ . فإنّه لو صرّح بالإذن له فى بيع عين ، ونَهْيِهِ عن أخرى صحّ . وكذلك فى الشراء ، كالوكيل ، وإن أذن له السيِّد فى ضمانٍ ، أو كَفَالةٍ ففعل ، صحّ ، وهل يتعلّق بذمّة السيِّد ، أو رقبة العبد ؟ على وجهين ، وإن رأى السيِّد عبدَه يتَّجِرُ فلم يَنْهَــهُ لم يَصِرْ بذلك مأذوناً لَهُ .

الفصل الرابع : فى تصرّفاته ، إن كان مأذوناً له فى التجارة ، قبل إقراره فى قدر ما أُذِنَ له ، ولم يقبل فيما زاد . ولا يقبل إقرارُ غير المأذون له بالمال . فإن أقرّ بعينٍ فى يده ، أو دَيْنٍ يتعلّق برقبته ، لم يُقْبَلْ على سَيّده ، لأنه يقرّ بحقّ على غيره ، فلم يقبل ، كما لو أقرّ أن سيّده باعه . ويثبُت ذلك فى ذمّته يُتَّبَعُ به بعدَ العِتْق ، وإن أقرّ بجنايته استوى فى ذلك المأذونُ له وغيرُه . وينقسم ذلك أقساماً أربعة :

أحدها : جنايةٌ موجَبُها المالُ ، كإتلافه ، أو جنايةُ خطأ أو شِبْهِ عَمْدٍ ، أو جِنَايةُ عَمْدٍ ، فيما لاقصاصَ فيه ، كالجائفة ، ونحوها ، فلا يقْبلُ إقرارُه بها ، لأنه إقرارٌ بالمال ، فلم يُقبل ، كما لو أقرّ بدراهم ، أو دنانير .

القسم الثانى : جِنَايةٌ موجَبُها حدٌّ سوَى السَّرِقة ، أو قصاصٌ فيما دون النفس ، فيُقْبَلُ إقرارُه بذلك . وبه قال أبو حنيفه ومالك ، والشافعىّ . وقال زُفر ، وداود ، والمزَنِىّ ، وجرير : لا يُقبل . لأنه يسقُط به حقّ السيّد . فلا يُقبل ، كالإقرار بجنايةِ الخطأ .

ولنا : مارُوِى عن علىّ رضى الله عنه « أَنَّهُ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ بإِقْرارِه بِالسَّرِقَةِ ، وَجَلَدَ عَبْداً أَقرّ عِنْدَهُ بالزِّنَا نِصْفَ الحَدِّ » ولا مخالف له فى الصحابة . فكان إجماعاً ولأنّ ما لا يُقبل إقرارُ السيّد فيه على العبد يقبلُ فيه إقرارُ العبد كالطّلاق . ولأن العبد غَير مُتهم فيه . لأنّ ضرره به أخَصُّ . وهو بألمه أمَسُّ . فقُبل إقرارُه ، كما لو أقرّت به الزوجةُ . وخرج على هذين المعنيين جنايةُ الخطأ . فإنّ إقرارَ السيّد بها مقبولٌ ، ولا يتضرّر العبدُ بها .

القسم الثالث : إقرارُه بالسرقة يقْبل فى الحدّ فيُقطعُ ، ولا يُقبل فى المال ، سواء كانت العينُ تالفةً ، أو باقيةً فى يد السيّد ، أو فى يد العبد ، وبهذا قال الشافعىّ ، ويحتمل أن لا يُقطع إذا أقرّ بسرقة عين موجودةٍ فى يده . وبهذا قال أبو حنيفة ، لأن العين محكومٌ بها لسيّده . فلا يقطع بسرقة عين لسيّده .

برقبته فإنّ السيّد يتخيّر بين تسليمه للبيع ، وبين فِدَائِه ، فإن سلّمه فبيعَ ، وكان ثمنُه أقلّ من أرش جنايته ، فليس للمجنيّ عليه إلاّ ذلك . لأن العبد هو الجاني . فلا يجبُ على غيره شيء . وإن كان ثمنُه أكثرَ فالفضلُ لسيّده . وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد : أن السيّد لا يرجعُ بالفضل . ولعلّه يذهبُ إلى أنّه دفعه إليه عِوَضاً عن الجناية . فلم يبقَ لسيّده فيه شيء ، كما لو مَلَّكه إيّاه عِوَضاً عن الجناية . وهذا ليس بصحيح . فإن المجنيّ عليه لا يستحقّ أكثرَ من قدر أرْش الجناية عليه ، كما لو جنى عليه حرّ ، والجاني لا يجبُ عليه أكثرُ من قدر جنايته . ولأنّ الحقّ تعلّق بعينه . فكان الفضلُ من ثمنه لسيّده ، كالرهن. ولا يصحّ قولُهم : إنّه دفعه عِوَضاً . لأنه لو كان عوضاً لملكه المجنيُّ عليه ، ولم يُبَعْ في الجناية . وإنما دفعه ليُباع ، فيؤخَذَ منه عوضُ الجناية ، ويُردّ إليه الباقي ، ولذلك لو أتلف درهما ، لم يبطُل حقّ سيده منه بذلك ، لعَجْزه عن أداء الدرهم من غير ثمنه . وإن اختار السيّد فداءه ، لزمه أقلُّ الأمرين : من قيمته ، أو أرْشِ جِنَايتهِ . لأنّ أرش الجناية إن كان أكثرَ فلا يتعلّق بغير العبد الجاني ، لعدم الجناية من غيره . وإنما تجب قيمته ، وإن كان أقلّ ، فلم يجب بالجناية إلاّ هُوَ . وعن أحمد روايةٌ أخرى : أنّه يلزمُه أرش جنايته ، بالغاً ما بلَغَ . لأنّه يجوزُ أن يرغب فيه راغبٌ ، فيشتريَه بأكثرَ من ثمنه . فإذا منع بيعه لزمه جميعُ الأرْش ، لتفويته ذلك . وللشافعيّ قولان كالروايتين .

الفصل الثالث : في تصرّفاته . أما غيرُ المأذون : فلا يصحّ بيعُه ، ولا شراؤه بعين المال. لأنه تصرّف من المحجور فيما حُجِرَ عليه فيه . فأشبه المُفْلِس . ولأنه تصرّف في ملك غيره بغير إذنه . فهو كتصرّف الفضوليّ . ويتخرّج أن يصحّ ويقف على إجازة السيّد كذلك . وأمّا شراؤه بثمنٍ في ذمّته ، واقتراضه . فيحتمل أن لا يصحّ . لأنه محجورٌ عليه . أشبه السفيه . ويحتمل أن يصحّ لأن الحَجْر لحقّ غيره . أشبه المُفلس ، والمريض ، ويتفرّع عن هذين الوجهين : أن التصرّف وإن كان فاسداً فللبائع والمقرض أخذُ ماله إن كان باقياً ، سواء كان في يد العبد ، أو السيّد ، وإن كان تالفاً فله قيمتُه ، أو مثلُه ، إن كان مِثليّاً ، فإن تلف في يد السيّد رجع بذلك عليه ، لأن عين ماله تَلِفَ في يده ، وإن شاء كان ذلك مُتعلّقا برقَبة العبد ، لأنه الذى أخذه منه . وإن تلف في يد العبد فالرجوعُ عليه ، وهل يتعلّق برقبته أو ذِمّته ؟ على روايتين . وإن قلنا التصرّف صحيح ، والمَبِيعُ في يد العبد ، فللبائع فسخُ البيع ، وللمُقرض الرجوعُ فيما أقرضَ . لأنّه قد تحقّق إعسارُ المشترى ، والمُقترض . فهو أسوأ حالاً من الحُرّ المُعسِر . وإن كان السيّد قد انتزعه من يد العبد مَلَكَهُ بذلك ، وله ذلك . لأنه أخذ من عبده مالاً في يده بحقّ ، فهو كالصيد . فإذا ملكه السيّد كان كهلاكه في يد العبد ، ولا يملك البائعُ والمُقرض انتزاعَه من السيّد بحالٍ . وإن كان قد تلف استقرّ ثمنُه في رقبة العبد ، أو في ذمّته ، سواء تلف في يد العبد أو السيّد .

ذلك . وكان قرضُه حظًّا لليتيم جاز . قال أحمد : لا يُقرض مالَ اليتيم لأحدٍ يُريد مكافأته ومودّته . ويُقرِض على النظر ، والشفقة ، كما صنع ابن عمر ، وقيل لأحمد : إن عمر استقرض مالَ اليتيم . قال : إنما استقرض نظراً لليتيم ، واحتياطاً إن أصابه بشيء غَرِمه ، قال القاضى : ومعنى الحظ : أن يكون لليتيم مالٌ فى بلده ، فيُريدُ نقلَه إلى بلدٍ آخرَ ، فيُقرِضُه من رجلٍ فى ذلك البلد ، لِيَقْضيَه بدَله فى بلده ، يقصدُ بذلك حفظَه من الغرَر فى نقله ، أو يخافُ عليه الهلاكَ من نَهْبٍ ، أو غَرَقٍ ، أو نحوهما ، أو يكونُ مما يتلفُ بتطاوُل مدّته ، أو حديثُه خيرٌ من قديمه كالحنطة ، ونحوها . فيُقرضه خوفاً أن يسوس ، أو تنقصَ قيمتُه . وأشباه هذا . فيجوز القرضُ ، لأنه مما لليتيم فيه الحظ ، فجاز كالتجارة به . وإن لم يكن فيه حظ . وإنما قصد إرْفاقَ المُقترض ، وقضاء حاجته . فهذا غيرُ جائز . لأنه تبرّع بمالِ اليتيم ، فلم يجُز ، كهبته . وإن أراد الوليُّ السفرَ لم يكن له المسافَرةُ بماله ، وقرضه لثقة أمينٍ أولى من إيداعه ، لأنّ الوديعةَ لا تُضْمَنُ إذا تَلِفَتْ ، فإن لم يجد من يستقرضه على هذه الصفة فله إيداعه . لأنه موضعُ حاجةٍ . ولو أودعه مع إمكان قَرْضِه جازَ . ولاضمانَ عليه . فإنه ربما رأى الإيداعَ أحظ له من القَرْض . فلا يكون مفرّطاً وكلّ موضع قلنا : له قرضُه ، فلا يجوز إلا لمليء أمينٍ ، ليأمَن جُحُودَه ، وتعذُّر الإيفاء . وينبغى أن يأخذَ رَهناً إن أمكنه . وإن تعذّر عليه أخذ الرهن جاز تركُه فى ظاهر كلام أحمد . لأنّ الظاهر ممّن يستقرضه من أجل حظّ اليتيم : أنه لا يبذل رهناً . فاشتراط الرهن يفوّت هذا الحظّ . وقال أبو الخطاب : يقرضه إذا أخذ بالقرض رَهْناً ، فظاهر هذا أنه لا يقرضه إلا برَهْن . لأنّ فيه احتياطاً للمال ، وحفظاً له عن الجحْدِ ، والمَطْلِ . وإن أمكنه أخذ الرّهْنِ فالأولى له أخذه احتياطاً على المال ، وحفظاً له . فإن تركه احتمل أن يضمن إن ضاع المالُ ، لتفريطه . واحتمل أن لا يضمن ، لأنّ الظاهرَ سلامتُه . وهذا ظاهرُ كلام أحمد . لكونه لم يذكر الرهن .

٣١١٢ (فصل) قال أبو بكر : وهل يجوز للوصيّ أن يستنيب فيما يتولّى مثلَه بنفسه ، على روايتين . لأنه متصرّف بالإذن فى مال غيره . فأشبه الوكيل ، وقال القاضى : يجوز ذلك للوصيّ . وفى الوكيل روايتان . وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذانُ ، والوصيّ بخلافه .

٣١١٣ (فصل) وإذا ادّعى الوليّ الإنفاقَ على الصبيّ ، أو على ماله ، أو عقاره بالمعروف من ماله ، أو ادّعى أنّه باع عقاره لحظّه ، أو بناه لمصلحته ، أو أنه تلِفَ قُبِلَ قولُه . وقال أصحاب الشافعيّ : لا يُمضِى الحاكمُ بيع الأمين ، والوصيّ حتى يَثْبُت عنده الحظُّ ببيّنة . ولا يُقبل قولهما فى ذلك . ويُقبل قولُ الأب ، والجدّ .

ولنا : أن من جاز له بيعُ العقار ، وشراؤه لليتيم يجبُ أن يُقبلَ قولُه فى الحظّ ، كالأب ، والجدّ .

ولأنّ المطالبةَ بالمسروق شرطٌ في القطع . وهذه لا يَملك غيرُ السيّد المطالبةَ بها . ولأنّ هذا شُبهةٌ ، والحدودُ تُدْرأ بالشبهاتِ .

ولنا : خبرُ عليّ رضي اللهُ عنه . ولأنَّه مُقِرّ بسرقة عين تبلُغ نِصاباً . فوجب قطعهُ ، كما لو أقرّ حرٌّ بسرقة عين في يد غيره . وما ذكروه يَبْطُل بهذه الصُّورة . وإنما لم تُرَدّ العينُ إلى المسروق منه لحقّ السيّد . وأمّا في حقّ العبد فقد يثْبت المقرّ له . ولهذا لو عتق، وعادت العينُ إلى يده لزمه ردُّها إلى المُقَرّ له.

القسم الرابع : الإقرارُ بما يُوجب القِصَاصَ في النفس . فرُوِى عن أحمد : أنه لا يُقبل . وعُمُوم قول الخِرَقيّ : إن أقرّ المحجورُ عليه بما يُوجب حَدّاً أو قِصاصاً . أو طَلّق زوجتَه ، لزمه ذلك : يقتضى قبولَ إقراره . وهو قولُ أبي حنيفه ، ومالك ، والشافعيّ لأنَّه أقرَّ بما يوجب قِصاصاً ، فقُبلَ ، كاقراره بقطع اليد ، ولأنَّه أحدُ نَوْعَي القِصَاصِ ، فقُبل إقرارُه به ، كالآخر . ولأنه لا يقبل إقرارُ سيّده عليه به ، فقُبل إقرارُه به ، كالحدّ . واحتجّ أصحابُنا بأنّ مقتضَى القياس أن لا يُقبل إقرارُه بالقصاص . أصلاً ، لأنه إقرارٌ على مال سيّده ، ولأنه مُتّهم . إذ يحتملُ أن يكون عن مُواطأةٍ بينهما ، ليعْفُوَ على مالٍ ، فيستحقّ رقبةَ العبد . ولذلك لم تحمِل العاقلة اعترافاً . فتركناموجَب القياس لخبر عليّ رضيَ الله عنه ، ففيما عداه يبقى على مُوجَب القياس . ويُفارق القصاصُ في النفس القصاصَ في الطَّرَفِ . لأنَّه قد يحتملَ أنَّه أراد التخلّص من سيّده ، ولو بفوات نفسه . وكلّ موضع حكمنا بقبول إقراره بالقِصاص، فحكمهُ حكمُ الثابت بالبيِّنة. فلوليِّ الجنايةِ العَفوُ ، والاستيفاء ، والعفوُ على مالٍ فإنعفا تَعلّق الأرشُ برقَبةِ العبد ، على مامرّ بيانهُ . ويحتملُ أن لا يَملك العفوَ على مالٍ ، لئلا يتّخذ ذلك وسيلةً إلى الإقرار بمالٍ .

٣١١٧ « مسألة » قال ﴿ وبيعُ الكلب باطلٌ ، وإن كانَ مَعلَّماً ﴾

لا يختلفُ المذهبُ في أن بيعَ الكلب باطلٌ ، أيَّ كلبٍ كانَ . وبه قال الحسن ، وربيعةُ ، وحمّاد ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وداود ، وكره أبو هريرة ثمنَ الكلب . ورخّص في ثمن كلب الصيد خاصة جابرُ بنُ عبد الله ، وعطاء ، والنخعيّ . وجوّز أبوحنيفة بيعَ الكلاب كلّها ، وأخذَ ثمنها . وعنه روايةٌ في الكلب العقور . أنه لايجوزُ بيعُه . واختلَف أصحابُ مالك . فمنهم من قال : لايجوزُ . ومنهم من قال : الكلبُ المأذوُن في إمساكه يجوزُ بيعُه ، ويُكرَهُ . واحتجّ من أجاز بيعه بما رُوى عن جابر « أنَّ النبيَّ صلى اللهُ عَلَيهِ وسلّم نَهَى عَنْ ثمنِ الكَلْبِ ، والسِّنَّوْرِ ، إلاّ كَلْبَ الصَّيْدِ » ولأنه يباحُ الانتفاع به . ويصحّ نقلُ اليد فيه ، والوصيّة به . فصحّ بيعُه ، كالحمار .

ولنا : مارَوى أبو مسعود الأنصاريّ « أنَّ رَسُولَ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيهِ وسَلّم نَهَى عَنْ ثمَنِ الكَلْبِ ، وَمَهْرِ البَغيّ ، وحُلْوانِ الكاهِنِ » متّفق عليه . وعن رافع بن خُدَيْج قال : قال رسول الله صلى الله

عليه وسلم « ثَمَنُ الْكَلْبِ خَبِيثٌ ، وَمَهْرُ الْبَغِيِّ خَبِيثٌ ، وَكَسْبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ » متفق عليهما . وروى عن ابن عبّاس أنه قال « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ ، فَإِنْ جَاءَ يَطْلُبُهُ فَامْلَئُوا كَفَّهُ تُرَابًا » رواه أبو داود . ولأنه حيوانٌ نُهِيَ عن اقتنائه فى غير حال الحاجة إليه . أشبه الخنزيرَ ، أو حيوانٌ نجسُ العين . أشبهَ الخنزيرَ . فأمّا حديثهم فقال أحمد : هذا عن الحسن بن أبى جعفر ، وهو ضعيفٌ ، وقال الدارقطنى : الصحيحُ أنه موقوف على جابر . وقال الترمذىّ : لا يصحّ إسنادُ هذا الحديث . وقد رُوى عن أبى هريرة ، ولا يصحُّ أيضاً ، ويحتملُ أنه أراد : ولا كلبَ صيدٍ[1] وقد جاءت اللغةُ بمثل ذلك . قال الشاعر .

وَكُلُّ أَخٍ مُفَارِقُهُ أَخُوهُ لَعَمْرُو أَبِيكَ إِلا الفَرْقَدانِ[2]

أى والفرقدان . ثمّ هذا الحديثُ حُجّةٌ على من أباح بيعَ غير كلب الصيد .

٣١١٨ (فصل) ولا تجوزُ إجارتهُ . نصّ عليه أحمد . وهو قول بعض أصحاب الشافعىّ . وقال بعضُهم : يجوز لأنّها منفعةٌ مباحة . فجازت المعاوضةُ عنها ، كنفع الحمير .

ولنا : أنه حيوان محرَّمٌ بيعُه لخبثه . فحُرمت إجارتُه ، كالخنزير . وقياسهم ينتقض بضِراب الفَحْل . فإنّها منفعةٌ مباحة . ولا يجوزُ إجارتُها . ولأنّ إباحة الانتفاع لم تُبِحْ بيْعهُ ، فكذلك إجارتهُ . ولأنّ منفعته لا تُضمن فى الغَصْب . فإنّه لو غصبه غاصبٌ مُدّةً لم يلزمه لذلك عِوَضٌ . فلم يجُز أخذُ العِوَض عنها فى الإجارة كنفع الخنزير .

٣١١٩ (فصل) وتصحّ الوصيّة بالكلب الذى يُباح اقتناؤه ، لأنّها نقلٌ لليد فيه من غير عِوَض . وتصحّ هِبَتُه لذلك . وقال القاضى : لا تصحّ . لأنّها تمليكٌ فى الحياة . أشبهت البيعَ . والأولُ أصحُّ . ويُفارق البيعَ . لأنه يُؤخذ عوضُه ، وهو محرّم ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

« مسألة » قال ﴿ ومن قتله وهو مُعلَّم فقد أساء . ولا غُرْمَ عليه ﴾

أما قتلُ المعلَّم فحرامٌ ، وفاعلُه مُسىء ظالم ، وكذلك كلُّ كلب مُباحٍ إمساكُه ، لأنه محلٌّ منتفَع به ، يُباحُ اقتناؤه ، فحُرم إتلافه ، كالشاة ، ولا نعلم فى هذا خلافاً . ولا غُرم على قاتله . وبهذا قال الشافعىّ . وقال مالك ، وعطاء : عليه الغُرم ، لما ذكرنا فى تحريم إتلافه .

---

(١) نص الحديث (إلا كلب الصيد) فكان الأسلوب الصحيح أن يقول المؤلف (وكلب الصيد) ولا داعى إلى ذكر (لا) لأن الحديث نهى عن كذا وكذا .

(٢) الفرقدان نجمان فى السماء لا يفارق أحدهما صاحبه ما دامت الدنيا موجودة ، ويذهبان معا إذا بدل الله الأرض غير الأرض والسموات غير السموات .

ولنا : أنه مَحَلٌّ يحرُم أخذُ عِوَضهِ لخُبْثِه . فلم يجب غُرْمُه بإتلافه كالخنزير ، وإنَّما يحرُم إتلافه لما فيه من الإضرار . وقد نهى النبيُّ صلَّى الله عليه وسلم عن الضَّررِ والإضرار .

٣١٢٠ (فصل) فأمّا قتلُ ما لا يُباح إمساكُه ، فإنَّ الكلب الأسودَ البَهِيمَ يُباحُ قتله ، لأنه شيطانٌ . قال عبد الله بن الصامت : سألتُ أبا ذَرٍّ فقلت « مَا بَالُ الأَسْوَدِ مِنَ ... رِ مِنَ الأَبْيَضِ؟ فقال : سَأَلْتُ رَسُولَ اللهِ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم كَمَا سَأَلْتَنِي ، فَقَالَ : الْكَلْبُ الا ... شَيْطَانٌ » رواه مسلم، ورُوى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « لَوْلاَ أَنَّ الكِلاَبَ أُمَّةٌ مِنَ الأُمَ ... بِقَتْلِهَا. فَاقْتُلُوا مِنْهَا كُلَّ أَسْوَدَ بَهِيمٍ » ويُباح قتل الكلب العَقُور . لما روت عائشةُ رضى الله ع... سولَ الله صلى الله عليه وسلم قال « خَمْسٌ مِنَ الدَّوابِّ كُلُّهُنَّ فَاسِقٌ يُقْتَلْنَ فِي الحِلِّ وَالحَرَمِ : ال... ، وَالحِدَأَةُ ، وَالعَقْرَبُ ، وَالفَأْرَةُ ، وَالْكَلْبُ العَقُورُ » متفق عليه ، ويقتل كلّ واحد من هذين وإن كان مُعلَّمًا للخبرين . وعلى قياس الكلب العقور . كلّ ما آذى الناس ، وضرّهم فى أنفسهم ، وأموالهم ، يُباحُ قتلُه . لأنَهُ يؤذى بلا نَفْع . أشبه الذئب ، ومالا مَضرّة فيه لا يُباحُ قتلُه ، لما ذكرنا من الخبر . ورُوى عن النبيِّ صلّى الله عليه وسلم « أَنَّه أَمَرَ بِقَتْلِ الكِلاَبِ حَتَّى إِنَّ المَرْأَةَ تُقْدِمُ مِنَ البَادِيَةِ بِكَلْبِهَا فَتقْتُلُه . ثُمَّ نَهَى عَنْ قَتْلِهَا ، وقالَ : عَلَيْكُمْ بِالأَسْوَدِ ذِي الطُّفْيَتَيْنِ[1] ، فإنَّه شَيْطَانٌ » رواه مسلم .

٣١٢١ (فصل) ولا يجوز اقتناء الكلب إلاّ كَلْبِ الصيد ، أو كلب ماشيةٍ ، أو حَرْثٍ لما رُوى عن أبى هريرة عن النبيِّ صلّى الله عليه وسلم أنَّه قال « مَنِ اتَّخَذَ كَلْبًا إلاّ كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ ، أَوْ زَرْعٍ نَقَصَ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيراطٌ » وعن ابن عمر قال : سمعتُ النبيَّ صلّى الله عليه وسلم يقول « مَنِ اقْتَنَى كَلْبًا إلاَّ كَلْبَ صَيْدٍ ، أَوْ مَاشِيَةٍ فإنّه يَنْقُصُ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطَانِ ، قَالَ سَالِمٌ : وكَانَ أَبُوهُرَيْرَةَ يَقُولُ : أَوْ كَلْبَ حَرْثٍ» متفق عليه . وإن اقتناه لحفظ البيوت لم يجُز ، للخبر . ويحتملُ الإباحةَ ، وهو قول أصحاب الشافعىّ . لأنّه فى معنى الثلاثة . فيُقاسُ عليها . والأول أصحّ ، لأن قياس غير الثلاثة عليها يُبيحُ ما يتناول الخبرُ تحريمَه . قال القاضى : وليس هو فى معناها ، فقد يحتال اللصُّ لإخراجه بشىء يُطعِمُه إيّاه ، ثم يَسْرِقُ المتاعَ . وأما الذئب فلا يحتملُ هذا فى حَقِّه . ولأنَّ اقتناءه فى البيوت يُؤذى المارّة ، بخلاف الصحراء .

٣١٢٢ (فصل) فأما تَرْبيَةُ الجَرْوِ الصغير ، لأحَدِ الأمور الثلاثة . فيجوزُ فى أقوى الوجهين .

---

(١) الطفيتان : تثنية طفية ، وأصلها الخوصة من خوص شجر المقل ، وهو شجر الكندر ، شجر تتجر به اليهود وشجر له صمغ ، ولكن أريد بهما الخطان الرفيعان فى الكلب كالخطين الموجودين فى الحية ، وقد ورد فى حديث آخر فى الحية : اقتلوا ذا الطفيتين ، وهما الخطان فى ظهر الحية.

لأنه قصده لذلك . فيأخذ حكمه ، كما يجوز بيع العبد الصغير ، والجحش الصغير الذى لا نفع فيه فى الحال ؛ لما له إلى الانتفاع . ولأنه لو لم يتخذ الصغير ماأمكن جعل الكلب للصيد . إذ لا يصير معلما إلا بالتعليم : ولا يمكن تعليمه إلا بتربيته . واقتنائه مدة يعلمه فيها، قال الله تعالى (٥ : ٤ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ) ولا يوجد كلب معلم بغير تعليم :

• والوجه الثالث لا يجوز . لأنه ليس من الثلاثة .

٣١٢٣ (فصل) ومن اقتنى كلباً لصيد ، ثم ترك الصيد مدة ، وهو يريد العود إليه لم يحرم اقتناؤه فى مدة تركه . لأن ذلك لا يمكن التحرز منه . وكذلك لو حصد صاحب الزرع زرعه ، أبيح له إمساك الكلب إلى أن يزرع زرعاً آخر . ولو هلكت ماشيته فأراد شراء غيرها ، فله إمساك كلبها لينتفع به فى التى يشتريها . فأما إن اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به ، احتمل الجواز . لأن النبى صلى الله عليه وسلم استثنى كلب الصيد مطلقاً . واحتمل المنع . لأنه اقتناه لغير حاجة ، أشبه غيره من الكلاب ، ومعنى كلب الصيد : أى كلب يصيد به وهكذا الاحتمالات ، لأن فيمن اقتنى كلباً ليحفظ له حرثاً أو ماشية إن حصلت ، أو يصيد به إن احتاج إلى الصيد . وليس له فى الحال حرث ، ولا ماشية يحتمل الجواز ، لقصده ذلك ، كما لو حصد الزرع ، وأراد أن يزرع غيره .

٣١٢٤ (فصل) ولا يجوز بيع الخنزير ، ولا الميتة ، ولا الدم . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول به . وأجمعوا على تحريم الميتة ، والخمر ، وعلى أن بيع الخنزير ، وشراءه ، حرام ، وذلك لما روى جابر ، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بمكة يقول : « إنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ ، وَالأَصْنَامِ » متفق عليه . ولا يجوز بيع مالا منفعة فيه ، كالحشرات كلها ، وسباع البهائم التى لا تصلح للاصطياد . كالأسد ، والذئب ، ومالا يؤكل ، ولا يصاد به من الطير ، كالرخم ، والحدأة ، والغراب ، الأبقع ، وغراب البين ، وبيضها ، فكل هذا لا يجوز بيعه . لأنه لا نفع فيه ، فأخذ ثمنه أكل مال بالباطل .

٣١٢٥ (فصل) ولا يجوز بيع السرجين النجس وبهذا قال مالك ، والشافعى . وقال أبو حنيفة : يجوز ، لأن أهل الأمصار يتبايعونه لزروعهم من غير نكير . فكان إجماعاً .

ولنا : أنه مجمع على نجاسته . فلم يجز بيعه ، كالميتة . وما ذكروه فليس بإجماع ، فإن الإجماع اتفاق أهل العلم ، ولم يوجد ، ولأنه رجيع نجس فلم يجز بيعه ، كرجيع الآدمى.[1]

(١) رجيع الآدمى أصبح للناس فيه منفعة فى السماد وهم يتبايعونه الآن ، كما يتبايعون السرجين ، وهو رجيع البهائم ، وإذا نظرنا إلى قول الخرقى الآن أنه يجوز بيع كل ما فيه منفعة ، وجدنا هذين الرجيعين داخلين فى قوله ، فيجوز بيعهما .

(فصل) ولا يجوز بيعُ الحر ولا ما ليس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وملكها . ولا نعلم فى ذلك خلافا . فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال «قال الله عزوجل : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ : رَجُلٌ أَعْطَى بِى ثُمَّ غَدَر ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرّاً فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، ورَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ » رواه البخارى .

٣١٢٦ « مسألة » قال ﴿ وبيعُ الْفَهْدِ والصقر المعلَّم جائز . وكذلك بيعُ الهِرِّ ، وكلِّ ما فيه المنفعة﴾ وجملة ذلك : أن كلَّ مملوك أُبيحَ الانتفاعُ به يجوز بيعُه ، إلاّ ما استثناه الشرعُ من الكلب ، وأمِّ الولد ، والوَقفِ . وفى المدَبَّر ، والمكاتَب ، والزَّيت النَّجِس اختلافٌ نذكره فى موضعه ، إن شاء الله تعالى . لأنَّ المِلكَ سببٌ لاطلاق التصرّف . والمنفعة المباحةُ يباحُ له استيفاؤها ، فجاز له أخذُ عِوَضِها ، وأبيح لغيره بذلَ ماله فيها ، توصُّلاً إليها ، ودفعاً لحاجته بها ، كسائر ما أُبيحَ بيعُه ، وسواء فى هذا ما كان طاهراً ، كالثياب ، والعقار ، وبهيمةِ الأنعام ، والخَيْل ، والصُّيودِ ، أو مُختلَفاً فى نجاسته ، كالبغل ، والحمار ، وسِبَاعِ البهائم ، وجوارح الطير التى تَصلُح للصيد ، كالفهد ، والصقر ، والبازى ، والشاهين ، والعُقابِ والطير المقصود صوته كالهَزاز ، والبلبل ، والبَبْغاء ، وأشباه ذلك . فكلّه يجوز بيعُه ، وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو بكر عبد العزيز . وابن أبى موسى : لا يجوز بيعُ الفهْدِ والصقر ، ونحوهما . لأنّها نَجِسَةٌ . فلم يجز بيعها كالكلب .

ولنا : أنه حيوانٌ أُبيحَ اقتناؤُه ، وفيه نفعٌ مُباح من غير وعيد فى حَبْسه ، فأُبيحَ بيعُه ، كالبغل . وما ذكراه يبطَل بالبغل ، والحمار . فإنّه لا خلاف فى إباحة بيعهما وحكمها حكمُ سباع البهائم فى الطهارة والنجاسة ، وإباحة الاقتناء ، والانتفاع . وأمّا الكلبُ فإنّ الشرع توعّد على اقتنائه ، وحرّمه إلاّ فى حال الحاجة ، فصارت إباحتُه ثابتةً بطريق الضرورة ، بخلاف غيره ، ولأنّ الأصلَ الإباحةُ ، بدليل قول الله تعالى (٢ : ٢٧٥ وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ) ولما ذكرنا من المعنى،خرج منه ما استثناه الشرعُ لمعانٍ غير موجودة فى هذا . فبقى على أصل الإباحة . وأما الهِرّ . فقال الخِرَقىّ : يجوزُ بيعُها وبه قال ابن عباس ، والحسن ، وابن سيرين ، والحكَم ، وحمَّاد ، والثورىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وعن أحمد : أنه كرِه ثمنها ، ورُوى ذلك عن أبى هريرة ، وطاوس ، ومُجاهد ، وجابر بن زيد . واختاره أبو بكر . لما روى مُسلمٌ ، عن جابر « أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ ثَمَنِ السِّنَّوْرِ فقال : زَجَرَ النبىُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ » وفى لفظ رواه أبو داود عن جابر « أَنَّ النبىَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ ثَمَنِ السِّنَّوْرِ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن . وفى إسناده اضطراب .

ولنا : ما ذكرنا فيما يُصاد به من السِّباع ، ويُحمل الحديثُ على غير المملوك منها ، أو ما لا نفع فيه منها . بدليل ما ذكرنا ، ولأنّ البيعَ شُرِعَ طريقاً للتوصّل إلى قضاء الحاجة ، واستيفاء المنفعة المُباحة ، ليصلَ

كلٌّ واحدٍ إلى الانتفاع بما فى يد صاحبه ، ممّا يُباح الانتفاعُ به ، فينبغى أن يُشَرع ذلك فيه ، لِيَصِل كلّ واحد إلى الانتفاع بما فى يد صاحبه ، فما يُباحُ الانتفاعُ به ينبغى أن يَجُوزَ بيعُه .

٣١٢٧ (فصل) فإن كان الفهدُ ، والصقر ، ونحوُهما مما ليس بمُعَلَّم ، ولا يَقْبَلُ التعليم ، لم يَجُز بيعُه . لعدم النفع به . وإن كان مما يمكن تعليمُه جاز بيعُه . لأن مآله إلى الانتفاع ، فأشبه الجحشَ الصغير .

٣١٢٨ (فصل) فأمّا ما يُصاد عليه ، كالبومَةِ التى يجعلُها شباشا لتجمع الطير إليها، فيَصيدُه الصيّادُ ، فيحتمِلُ جوازُ بيعها ، للنفع الحاصل منها ، ويحتملُ المنعَ . لأنّ ذلك مكروه ، لما فيه من تعذيب الحيوان . وكذلك اللَّقلق[1] ونحوُه .

٣١٢٩ (فصل) فأما بيضُ ما لا يُؤكل لحمُه من الطير . فإنْ كان مما لا نفع فيه لم يجُز بيعُه ، طاهراً كان ، أو نجساً . وإن كان ينتفع به ، بأن يصير فرخاً ، وكان طاهراً جاز بيعُه . لأنّه طاهر مُنتفَع به . أشبه أصلَه ، وإن كان نجساً ، كبيض البازى ، والصقر ، ونحوه ، فحكمه حكمُ فرخه . وقال القاضى : لا يجوزُ بيعُه . لأنّه نجسٌ ، لا يُنتفَع به فى الحال . وهذا مُلغًى بفرخه ، وبالجَحْشِ الصغير .

٣١٣٠ (فصل) قال أحمد : أكرهُ بيعَ القِرْد ، قال ابن عقيل : هذا محمولٌ على بيعه للاطافة به ، واللَّعِب . فأما بيعُه لمن ينتفع به ، كحفظ المتاع ، والدكّان ، ونحوه فيجوز . لأنه كالصقر والبازى . وهذا مذهبُ الشافعىّ . وقياس قول أبى بكر ، وابن أبى موسى : المنعُ من بيعه مُطلقاً .

٣١٣١ (فصل) وفى بيع العَلَقِ[2] التى ينتفع بها مثلُ التى تعلَق على وجه صاحب الكلف ، فتمصُّ الدمَ . والديدان التى تُتْرَكُ فى الشِّصّ ، فيصادُ بها السمك ، وجهان :

أصحُّهما : جوازُ بيعها ، لحصول نفعها ، فهى كالسمك .

والثانى : لا يجوز . لأنّها لا يُنتفع بها إلا نادراً ، فأشبهت ما لا نفع فيه .

٣١٣٢ (فصل) ويجوز بيع دود القزّ ، وبَزْرِه ، وقال أبو حنيفة فى رواية عنه : إن كان مع دود القزّ قزٌّ جاز بيعُه ، وإلاّ فلا . لأنّه لا يُنتفع بعينه . فهو كالحشرات ، وقيل : لا يجوزُ بيعُ بَزْرِه .

ولنا : أن الدود حيوانٌ طاهر ، يجوز اقتناؤه ، لتملُّك ما يخرُج منه . أشبه البهائم ، ولأن الدود وبَزْرَه

---

(١) فى الطبعة الثالثة لهذا الكتاب ، وهى المطبوعة فى دار السنة المحمدية (اللقق) بدون لام ثانية ، وهو خطأ لم ينبه عليه فى الخطأ والصواب ، واللقلق طائر فى صوته اضطراب ، ويقال له اللقلاق ، وقيل إن اللقلاق أفصح من اللقلق .

(٢) العلق : دود صغير .

طاهر ، منتفَع به ، فجاز بيعُه ، كالثوب ، وقوله : لا ينْتَفعُ بعينه . يبطُل بالبهائم التى لا يحصُل منها نفع سوى النِّتاج ، ويُفارق الحشرات التى لا نفع فيه أصلاً ، فإن نفع هذه كثيرٌ ، لأنّ الحرير الذى هو أشرفُ ملابِس الدنيا ، إنّما يحصُل منها .

٣١٣٣ (فصل) ويجوزُ بيعُ النحل إذا شاهدها محبوسةً بحيثُ لا يُمكنُها أن تمتنع ، وقال أبو حنيفة : لا يجوزُ بيعُها مُنفردةً . لما ذكر فى دود القزّ .

ولنا : أنه حيوان طاهر يخرُج من بطونها شرابٌ فيه منافعُ للناس ، فجاز بيعُه كبهيمة الأنعام . واختلف أصحابُنا فى بيعها فى كوّاراتها . فقال القاضى : لا يجوزُ . لأنَّه لا يُمكن مشاهدةُ جميعها . ولأنّها لا تخلو من عَسَلٍ يكونُ مَبيعُها معها ، وهو مجهولٌ . وقال أبو الخطّاب : يجوز بيعُها فى كوّاراتها ، ومنفردةً عنها ، فإنه يمكن مشاهدتها فى كوّاراتها إذا فُتِحَ رأسُها ، ويُعرف كثرتُه من قلّته ، وخفاء بعضه لا يمنع صحّة بيعه ، كالصُّبْرةِ ، وكما لو كان فى وعاء ، فإنّ بعضَهُ يكون على بعض . فلا يُشاهَدُ إلا ظاهرُه . والعسلُ يدخلُ فى البيع تبعاً . فلا يضرّ جهالتُه ، كأساسات الحِيطانِ. فإن لم يُمكن مشاهدةُ النحل لكونه مَستوراً بأقراصه ، ولم يُعرَف لم يُجز بيعُه لجهالته .

٣١٣٤ (فصل) ذكر الخِرَقىّ : أن التّرياق لا يُؤكلُ ، لأنّه يَقَعُ فيه لحومُ الحيّات . فعلى هذا لا يجوزُ بيعُه . لأنّ نفعَه إنما يحصُل بالأكل ، وهو محرّم ، فخلا من نفع مُباحٍ . فلم يُجز بيعُه ، كالمَيْتة ، ولا يجوزُ التداوى به ، ولا بِسُمّ الأفاعى[1] فأما السمّ من الحشائش ، والنبات ، فإن كان لا يُنتفع به ، أو كان يَقتُل قليلُه لم يجُز[2] بيعُه ، لعدم نفعه ، وإن انتفع به ، وأمكن التداوى بيسيره ، كالسقمونيا جاز بيعُه . لأنَّه طاهر[3] مُنْتَفعٌ به ، أشبه بقيّة المأكولات .

٣١٣٥ (فصل) ولا يجوزُ بيعُ جلد المَيْتةِ قبل الدبغ ، قولاً واحداً . قاله ابن أبى موسى ، وفى بيعه بعد الدبغ عنه خلافٌ ، وقد رَوى حربٌ عن أحمد أنَّه قال « إنَّ النبىَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ » وأما غيرُ ذلك نحوُ ريش الطير التى لها مِخْلَبٌ ، أو بعض جلود السّباع التى لها أنيابٌ ،

---

(١) السم ليس نجسا ، ولحم الأفاعى أجاز الإمام مالك أكله وما كان نافعاً للإنسان جاز استعماله سواء كان بأكل أو بغيره ولا سيما إذا تعين للدواء .

(٢) كل سم سواء كان يقتل قليله أو كثيره إذا كان فيه نفع للإنسان كقتل ديدان البطن من البلهارسيا والإنكلستوما وغيرها يجوز بيعه ، وكذلك إذا كان نافعاً لقتل الحشرات الضارة كالفيران والصراصير وغيرها .

(٣) لا يشترط لجواز بيعه أن يكون طاهراً بل إذا كان نجساً وفيه نفع للانسان بقتل الحشرات الضارة كما سبق يجوز بيعه .

فإنّ بيعَها أسْهَلُ . لأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم إنّما نَهَى عن أكْلِ لُحومها . والصحيحُ عنه : أنّه لا يجوز . وهذا ينبنى على الحكم بنجاسة جُلود المَيْتةِ . وأنّها لا تطهرُ بالدباغ ، وقد ذكرنا ذلك فى بابه .

٣١٣٦ (فصل) فأما بيعُ لبن الآدميّات ، فقال أحمد : أكْرَهُه . واختلف أصحابُنا فى جوازه . فظاهرُ كلام الخِرَقِىّ جوازُه لقوله : وكُلّ ما فيه المَنْفَعَةُ . وهذا قول ابن حامد ، ومذهبُ الشافعىّ ، وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه . وهو مذهبُ أبى حنيفة ، ومالك ، لأنه مائع ، خارج من آدميّةٍ . فلم يجُز بيعُه ، كالعرق . ولأنه من آدمىّ ، فأشبه سائر أجزائه ، والأول أصحّ . لأنه لبنٌ طاهرٌ مُنتفَعٌ به ، فجاز بيعُه ، كلبن الشاة ، ولأنه يجوزُ أخذُ العِوَض عنه فى إجارة الظِّئْر . فأشبه المنافع . ويُفارق العرق . فإنه لا نفعَ فيه . ولذلك لا يُباع عرق الشاة ، ويباَع لبنُها ، وسائرُ أجزاء الآدمىّ يجوزُ بيعُها . فإنه يجوزُ بيع العبد ، والأمة ، وإنما حُرِم بيع الحرّ لأنه ليس بمملوك ، وحُرِم بيعُ العُضْو المقطوع ، لأنّه لا نَفْع فيه .

٣١٣٧ (فصل) واختلفت الرواية فى بيع رِباَع مكّة ، وإجارة دُورها . فرُوِى أن ذلك غيرُ جائز وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، والثورىّ ، وأبى عُبَيْد . وكرهه إسحاقُ . لما رَوى عمرُو بن شُعَيْب ، عن أبيه ، عن جده ، قال : قالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فى مَكَّة « لاَ تُبَاعُ رِباَعُها ، وَلاَ تُكْرَى بُيُوتُها » رواه الأثرم بإسناده . وعن مُجاهد عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَكَّةُ حَرَامٌ بَيْعُ رِباَعِهاَ ، حَرَامٌ إِجارَتُها » وهذا نصٌّ ، رواه سعيد بن منصور فى سُنَنِه . ورُوِى « أنّها كَانَتْ تُدْعَى السَّوائِبَ عَلَى عَهْدِ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ » ذكره مُسَدَّد فى مُسنده ، ولأنها فُتحت عَنْوةً ، ولم تُقسَّم . فكانت مَوْقُوفَةً . فلم يجُز بيعُها ، كسائر الأرض التى فتحها المسلمون عَنْوةً ، ولم يُقَسِّمُوها ، والدليلُ على أنها فُتِحَتْ عَنْوَةً : قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إِنَّ اللهَ حَبَسَ عَنْ مَكَّةَ الفِيلَ ، وَسَلَّطَ عَلَيْهَا رَسُولَه وَالْمُؤْمِنِينَ ، وَإِنَّهَا لَمْ تَحِلَّ لأَحَدٍ قَبْلِي وَلاَ تَحِلُّ لِأَحَدٍ بَعْدِي ، وَإِنَّما أُحِلَّتْ لِي سَاعَةً مِن نَهَارٍ » متفق عليه . وَرَوَتْ أُمُّ هَانِىءٍ قالَتْ « أَجَرْتُ حَمَوَيْنِ لِي[1] . فَأَرَادَ عَلِيٌّ أَخِي قَتْلَهُمَا ، فَأَتَيْتُ رَسولَ اللهِ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّم . فَقُلْتُ : يا رَسُولَ اللهِ ، إِنِّى أَجَرْتُ حَمَوَيْنِ لِي ، فَزَعَمَ ابنُ أُمِّى عَلِيٌّ أنه قَاتِلُهُمَا . فقالَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْه وَسلَّمَ : قَدْ أَجَرْنَا مَنْ أَجَرْتِ ، أَوْ أَمَّنَّا مَنْ أَمَّنْتِ ، يَا أُمَّ هَانِىءٍ » ، متفق عليه ، ولذلك أمر النبىّ

(١) حمو المرأة : أبو زوجها ، وأمه وأقاربه .

صَلى الله عليه وسلم بقتل أربعةٍ ، فقُتِلَ منهم ابنُ خَطَلٍ ، وَمِقْيَسُ بنُ صُبَابَةَ ، وهذا يدلُّ على أنها فُتِحَتْ عَنْوَةً .

والرواية الثانية : أنه يجوز بيعُ رِبَاعها ، وإجارةُ بيوتها ، ورُوى ذلك عن طاوس ، وعَمْرو بن دينار . وهـذا قول الشافعيِّ وابن المنذر ، وهو أظهرُ في الحجَّـةِ . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم لما قيل له « أيْنَ تَنْزِلُ غداً ؟ قالَ : وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ رِبَاعٍ ؟ » متفق عليه . يعنى أن عقيلاً باعَ رِبَاع أبى طالب، لأنه وَرِثَـهُ دون إخوته ، لـكونهِ كان على دينه ، دونهما ، ولو كانت غيرَ مملوكة لما أثَّرَ بيعُ عقيلٍ شيئاً ، ولأنّ أصحاب النبيّ صلى الله عليه وسلم كانت لهم دورٌ بمـكَّة ، لأبى بكر ، والزبير ، وحـكيم بن حزام ، وأبى سُفيانَ ، وسائر أهل مكة ، فمنهم من باع ، ومنهم من ترك داره ، فهى فى يد أعقابهم ، وقد باع حكيمُ ابن حِزَامٍ دارَ النَّدْوةِ . فقال ابنُ الزبير « بِعْتَ مَكْرُمَةَ قُرَيْشٍ ، فقال : يَا ابْنَ أخِى ، ذَهَبَتِ المَـكارِمُ إلاَّ التَّقْوَى » أو كما قال : واشترى مُعاويةُ دارَيْن ، واشترى عمر دارَ السِّجن من صفوانَ بن أمَيّة بأربعة آلافٍ ، ولم يزل أهلُ مـكَّة يتصرّفون فى دُورهم تصرُّفَ المُلاَّك بالبيع : وغيره ، ولم يُنـكره مُنْـكِرٌ ، فـكان إجماعاً ، وقد قرّره النبيُّ صلى الله عليه وسلم بنسبةِ دُورهم إليهم ، فقال « مَنْ دَخَلَ دَارَ أَبِى سُفْيَانَ فَهُوَ آمِنٌ ، وَمَنْ أغْلَقَ عَلَيْهِ بَابَهُ فَهُوَ آمِنٌ » وأقرّهم فى دُورهم ، ورِبَاعِهم ، ولم يَنْقُل أحداً عن دَاره، ولا وُجد منه ما يدلُّ على زوال أملاكهم . وكذلك مَنْ بعده من الخلفاء ، حتى أنّ عمر رضى الله عنهُ مع شدّته فى الحقّ لمّا احتاج إلى دارِ السِّجْنِ لم يأخذْهَا إلّا بالبَيْعِ ، ولأنّها أرضٌ حَيَّة لم يَرِدْ عليها صَدَقَةٌ مُحرّمةٌ . فجاز بيعُها ، كسائر الأرض ، وما رُوى من الأحاديث فى خلاف هـذا فهو ضعيف ، وأما كونُها فُتحَتْ عَنْوَة فهو الصحيحُ الذى لا يُمـكن دفعُه ، إلاّ أنّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم أقرّ أهلَهَا فيها على أملاكهم ، ورِبَاعِهم ، فيدُلُّ ذلك على أنه تركها لهم ، كما تركَ لِهَوَازنَ نساءَهم ، وأبناءَهم .

وعلى القول الأول . من كان ساكن دارٍ ، أو منزلٍ فهو أحقُّ به ، يَسكنُه ، ويُسْـكِنُه ، وليس له بيعُه ، ولا أخذُ أجْرتِهِ ، وَمَنِ احْتاجَ إلَى مَسْـكَنٍ فَلَهُ بَذْلُ الأجْرَةِ فيهِ ، وإن احتاج إلى الشراء فله ذلك ، كما فعل عمرُ رضى الله عنه ، وكانَ أبو عبد الله إذا سكن أعطاهم أجْرَتَها ، فإنْ سكنَ بأجْرةٍ فأمـكنه أن لا يدفع إليهم الأُجْرَةَ جاز له ذلك ، لأنهم لا يَستحقُّونها ، وقد رُوى أن سُفيانَ سكن فى بعض رِبَاعِ مكة وهَرب ، ولم يُعطِهم أجْرةً ، فأدركوه ، فأخذوها منه ، وذُكر لأحمد فعلُ سُفيانَ فتبَسّم ، فظاهرُ هذا : أنه أعجبه . قال ابنُ عقيل . والخلافُ فى غير مواضع المناسكِ . أمّا بقاعُ المناسك ، كموضع السعى ، والرمى . فحـكمهُ حكمُ المساجد بغير خلاف .

٣١٣٨ (فصل) ومن بنى بناء بمـكة بآلة مجلوبة من غير أرض مكة ، جاز بيعُها ، كما يجوزُ بيعُ

أبنية الوُقُوف ، وأنقاضها ، وإن كانت من تُرابِ الحرم وحِجَارته انبنى جوازُ بيعها على الروايتين فى بيع رِبَاع مكة ، لأنَّها تابعةٌ لمكة ، وهكذا ترابُ كلٍّ وقْفٍ ، وأنقاضُه . قال أحمدُ : وأمَّا البناء بمكة فإنِّى أكرهُه ، قال إسحاق : البناء بمكة على وجه الاستخلاص لنفسه ، لا يَحِلّ . وقد رُوِى « أنَّ النبىَّ صَلى اللهُ عليهِ وَسلم : قيل له : أَلاَ نَبْنِي لَكَ بِمِنًى بَيْتاً ؟ فقَالَ : مِنًى مُنَاخُ لِمَنْ سَبَقَ » .

٣١٣٩ (فصل) قال أحمدُ : لا أعلم فى بيع المصاحف رُخْصَةً . ورَخَّصَ فى شرائها وقال : الشراء أهونُ . وكره بيعَها ابنُ عمر ، وابنُ عبّاس ، وأبو موسى ، وسعيدُ بن جُبَيْر ، وإسحاق . وقال ابن عمر « وَدِدْتُ أَنَّ الأَيْدِيَ تُقْطَعُ فِي بَيْعِهَا » وقال أبو[1] الخطَّاب : يجوزُ بيعُ المصحف مع الكراهة . وهل يُكره شراؤه ، وإبداله ؟ على روايتين ، وَرَخَّص فى بيعها الحسنُ ، والحَكَم ، وعِكْرِمَةُ ، والشافعىّ ، وأصحابُ الرأى . لأن البيعَ يقَعُ على الجلد ، والورق ، وبيعُ ذلك مُباحٌ .

ولنا : قول الصحابة رضى الله عنهم . ولم نعلم لهم مُخالفاً فى عصرهم ، ولأنَّه يشتملُ على كلام الله تعالى ، فتَجِبُ صيانتُه عن البيع ، والابتذال[2] ، وأما الشراء فهو أسهلُ . لأنه استنقاذٌ للمصحف ، وبذلٌ لماله فيه . فجاز ، كما أجاز شراء رِبَاع مكّة ، واستئجارَ دُورها من لا يرى بيعَها ، ولا أخذَ أجْرتِها . وكذلك أرضُ السواد ، ونحوها وكذلك دفعُ الأجْرة إلى الحجّام ، لا يُكرهُ مع كراهة كَسْبِه . وإن اشترى الكافرُ مُصحفاً فالبيعُ باطلٌ . وبه قال الشافعىّ . وأجازه أصحابُ الرأى . وقالوا : يُجْبَرُ على بَيْعه . لأنهُ أهلٌ للشراء ، والمُصحف محلٌّ له .

ولنا : أنه يُمنع من استدامة الملك عليه . فَمُنِع من ابتدائه ، كسائر ما يحرُم بيعُه ، وقد نهى النبىُّ صلَّى الله عليه وسلم عن المُسافَرةِ بالقرآن إلى أرضِ العدوّ ، مخافةَ أن تناله أيديهم ، فلا يجوزُ تمكينهم من التوصُّل إلى نَيْل أيديهم إيّاه[4] .

---

(١) فى الطبعة الثالثة التى علقنا عليها (قال أبا الخطاب) وهو خطأ نحوى لم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

(٢) إن بيع المصحف داخل فى قول الخرقى : وكل ما فيه منفعة ، وفى المصحف أعظم منفعة ، فيتعلم الصبيان القرآن فيه ويتلو فيه الكبار أيضاً ويحفظون ، ويراجع فيه العلماء الآيات ، ويستخرجون منها الأحكام ، ويفسرونها ، ولا شك أن المصحف يتكلف نفقات كثيرة فى طبعه وتجليده وغير ذلك فكيف يمنع بيعه ؟ ! وليس فى بيع المصحف ابتذال له ، كما أنه ليس فى بيع كتب العلم ابتذال لها .

(٣) سبق أن علقنا على هذا الموضع فى مس المصحف وحمله فى كتاب الطهارة ، بأنه يجب تقييد عدم السفر بالمصحف إلى بلاد العدو بما إذا لم تكن هناك معاهدات بين المسلمين وبين الأعداء بالمحافظة على ممتلكاتهم ومقتنياتهم ، أما إذا كانت هناك معاهدات فيحل كما هو حادث الآن ، وقد أصبحت الضرورة قاضية بوجود المصاحف مع المسلمين فى بلاد الأعداء .

٣١٤٠ (فصل) ولا يصحّ شراء الكافرُ مسلماً . وهذا قول مالك ، فى إحدى الروايتين عنه ، والشافعىّ فى أحد القولين، وقال أبو حنيفة : يصحّ ، ويُجْبَرُ على إزالة مِلْكِه . لأنّه يملكُ المُسلم بالإرثِ. ويبقى ملْكُه عليه إذا أسلم فى يده فصحّ شراؤه له كالمُسلم .

ولنا : أنه يُمنعُ استدامةُ مِلْكِه عليه . فمنع ابتداؤه ، كالنّكاح ، ولأنه عقد يُثْبِتُ المِلكَ على المُسلم للكافر . فلم يَصحّ ، كالنكاح ، والملكِ بالإرث ، والاستدامة أقوى من ابتداء الملك بالفعل ، والاختيار . بدليل ثبُوته بهما للمُحرِم فى الصيد ، مع منعه من ابتدائه . فلا يلزمُ من ثبوت الأقوى ثبوتُ ما دونه ، مع أنّنا نقطع الاستدامة عليه ، بمنعه منها ، وإجباره على إزالتها .

٣١٤١ (فصل) ولو وَكَّل كافرٌ مسلماً فى شراء مسلم لم يصحّ الشراء ، لأنّ المِلك يقع للموكّل . ولأنّ الموكِّل ليس بأهلٍ لشرائه . فلم يصحّ أن يشترى له ، كما لو وكَّل مسلمٌ ذمّيّاً فى شراء خمر ، وإن وكَّل المسلمُ كافراً يشترى له مُسلماً ، فاشتراه ، ففيه وجهان :

أحدهما : يصحّ . لأنّ المنع منه إنما كان لما فيه من ثُبوت ملك الكافِر على المسلم . والمِلْكُ يثبُت للمسلم ههنا . فلم يتحقّق المانع .

والثانى : لا يصحّ . لأنّ ما مُنع من شرائه مُنع التوكيلُ فيه ، كالمُحرم فى شراء الصيد ، والكافِر فى نكاحِ المسلمةِ ، والمُسلمُ لا يجوز أن يكون وكيلاً لِذمّيّ فى شراء خمر .

٣١٤٢ (فصل) وإن اشترى الكافرُ مسلماً يعتقُ عليه بالقرابة ، كأبيه ، وأخيه ، صحّ الشراء ، وعتق عليه فى قول بعض أصحابنا . وحَكى فيه أبو الخطّاب روايتين :

أحدهما : لا يصحّ . وهو قولُ بعض الأصحاب . لأنه شراء يُملَكُ به المُسلم . فلم يصحّ ، كالذى لا يَعتِق عليه . ولأنّ ما مُنِع من شرائه لم يُبحَ له شراؤه ، وإن زال مِلكه عقيب الشراء ، كشراء المُحرِم الصّيدَ .

والثانية : يصحّ شراؤه . لأن المنع إنما ثبت لما فيه من إهانة المُسلم بمِلْك الكافر له . والمِلْك ههُنا يزولُ عقيب الشراءِ بالكلّيّة . ويحصُل من نفع الحرّية أضعافُ ما حصَل من الإهانة بالملك فى لَحْظةٍ يَسيرة . ويُفارق من لاَ يعتقُ عليه . فإنّ مِلْكَهُ لا يزولُ إلا بإزالته ، وكذلك شراء المحرم للصّيدِ . فإنّه لو تملّكهُ لثبتَ مِلْكُه عليه ، ولم يزُل . ولو قال كافرٌ لمسلم : أعتِقْ عبدك عنّى وعلىّ ثمنُه ، ففعل ، صحّ . لأن إعتاقه ليس بتمليك . وإنما هو إبطالٌ للرقّ فيه . وإنّما حصل الملك فيه حكماً ، فجاز ، كما يملكه بالإرث حُكْماً . ولأن مايحصُل له بالحرّية من النفع ينغمر فيه مايحصُل من الضرر بالملك ، فيصيرُ كالمعدوم. وفيه وجه آخرُ : أنه لا يصحّ بناء على شراء قريبهِ المسلم .

٣١٤٣ (فصل) ولو أجر مسلم نفسه لذمىّ لعملٍ فى ذمّته صحّ . لأن عليًا رضى الله عنه أجر نفسه من يَهُودِيّ يَسْتَقِي لَه كلّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ . وأتى بذلك النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فأكله . وفعل ذلك رجلٌ من الأنصار ، وأتى به النبىّ صلى الله عليه وسلم فلم يُنْكِرْه . ولأنه لا صَغَار عليه فى ذلك . وإن استأجره فى مُدّة ، كيوم ، أو شهر ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصحّ . لأن فيه استيلاء عليه ، وصَغَاراً . أشبهَ الشراء .

والثانى : يصحّ . وهو أولى . لأنّ ذلك عملٌ فى مقابلة عِوَض . أشبهَ العملَ فى ذمّته . ولا يُشبه الملك . لأن الملك يَقتضى سُلطاناً ، واستِدَامةً ، وتصرُّفاً ، بأنواع التصرُّفات فى رقبته ، بخلاف الإجارة .

٣١٤٤ (فصل) ولا يجوز أن يُفَرّقَ فى البيع بين كلّ ذى رَحِمٍ مَحْرَمٍ . وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : لا يحرُم التفريق إلا بين الأمّ وولدها . لأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم ، قال « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ » رواه الترمذىّ وقال : حديث حسن . وقال « لاَ تُوَلَّهُ وَالِدَةٌ عَنْ وَلَدِهَا » فخصّها بذلك . فدلّ على الإباحة فيما سواه . وقال الشافعىّ : يحرُم بين الوالدين ، والمولودِين وإن سَفَلُوا ، ولا يحرُم بين مَنْ عداهم ، لأنّ القرابة التى بينهم لا تَمنعُ القِصَاصَ ، ولا شهادةَ بعضهم لبعض ، فلم تمنع التفريقَ فى البيع ، كابنَيِ العَمّ .

ولنا : ما رَوَى أحمدُ فى المسند : حدّثنا غُندَرُ ، حدّثنا سعيدُ بن أبى عَرُوبَةَ ، عن الحَكَمِ ، عن عبد الرحمن بن أبى ليلى ، عن علىّ رضى الله عنه قال « أَمَرَنِى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ أَنْ أَبِيعَ غُلاَمَيْنِ أَخَوَيْنِ ، فَبِعْتُهُمَا فَفَرَّقْتُ بَيْنَهُمَا . فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فقال : أَدْرِكْهُمَا . فَارْتَجِعْهُمَا . وَلاَ تَبِعْهُمَا إِلاَّ جَمِيعاً » ورُوى عن أبى موسى : أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « لَعَنَ اللهُ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا ، وَالأَخِ وأَخِيهِ » ولأن بينهما رَحِمًا مَحْرَمًا ، فلم يجُز التفريق بينهما ، كالولد مَعَ أمّه . ويُفارق ابنَيِ العمّ . فإنه ليس بينهما رَحِمٌ مَحْرَمٌ .

٣١٤٥ (فصل) فإن فرق بينهما قبل البلوغ فالبيعُ باطلٌ ، وبه قال الشافعىّ فيما دون السبع ، وقال أبو حنيفةَ : البيعُ صحيحٌ . لأنّ النهَى لمعنًى فى غير البيع ، وهو الضرر اللاحقُ بالتفريق . فلم يمنع صِحّةَ البيع ، كالبيع فى وقت النّداء .

ولنا : حديثُ علىّ ، وأنّ النبى صلى الله عليه وسلم أَمَرَهُ بِرَدِّها . ولو لزم البيعُ لما أمكن رَدُّها ، ورَوى أبو داود فى سُننه « أَنَّ عَلِيًّا فَرَّقَ بَيْنَ الأُمِّ وَوَلَدِهَا فَنَهَاهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسلم فَرَدَّ المَبِيعَ » ولأنه بيعٌ محرّم لمعنًى فيه ، ففسد، كبيع الخمر . ولا يصحّ ما قاله ، فإن ضرر التفريق حاصلٌ بالبيع .

فكان لمعنى فيه . فأما تحديده بالسبع فإن عموم اللفظ يمنع ذلك ، ولا يجوز[1] تخصيصه بغير دليل ، وإن كان فرق بينهما بعد البلوغ جاز ، وقال أبو الخطاب : فيه روايتان : إحداهما : لا يجوز لعموم النهي . والثانية : يجوز وهي الصحيحة . لما روى أن سلمة بن الأكوع « أتى أبا بكر بامرأة وابنتها فنفله أبو بكر ابنتها . فاستوهبها النبي صلى الله عليه وسلم فوهبها له » « وأهدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم مارية وأختها سيرين ، فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم سيرين لحسان بن ثابت ، وترك مارية له » ولأنه بعد البلوغ يصير مستقلا بنفسه . والعادة التفريق بين الأحرار . فإن المرأة تزوج ابنتها ، ويفرق بين الحرة وولدها ، إذا افترق الأبوان .

٣١٤٦ (فصل) وإذا اشترى ممن في ماله حرام وحلال ، كالسلطان الظالم ، والمرابي ، فإن علم أن المبيع من حلال ماله ، فهو حلال ، وإن علم أنه حرام فهو حرام ، ولا يقبل قول المشتري عليه في الحكم . لأن الظاهر أن ما في يد الإنسان ملكه ، فإن لم يعلم من أيهما هو ، كرهناه ، لاحتمال التحريم فيه ، ولم يبطل البيع . لإمكان الحلال ، قل الحرام أو كثر . وهذا هو الشبهة . وبقدر قلة الحرام وكثرته تكون كثرة الشبهة ، وقلتها ، قال أحمد : لا يعجبني أن يأكل منه . لما روى النعمان بن بشير : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس . فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه ، وعرضه ، ومن وقع في الشبهات ، وقع في الحرام ، كالراعي حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ، ألا وإن لكل ملك حمى ، وحمى الله محارمه » متفق عليه . وهذا لفظ رواية مسلم وفي لفظ رواه البخاري « فمن ترك ما اشتبه عليه كان لما استبان أترك ، ومن اجترأ على ما يشك فيه من الإثم أوشك أن يواقع ما استبان » وروى الحسن بن علي ، عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه قال « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » وهذا مذهب الشافعي .

٣١٤٧ (فصل) والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب .

الأول : ما أصله الحظر ، كالذبيحة في بلد فيها مجوس ، وعبدة أوثان يذبحون ، فلا يجوز شراؤها ، وإن أمكن أن يكون ذابحها مسلما ، لأن الأصل التحريم ، فلا يزول إلا بيقين ، أو ظاهر ، وكذلك إن كان فيها أخلاط من المسلمين ، والمجوس ، لم يجز شراؤها لذلك . والأصل فيه : حديث عدي بن حاتم : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا أرسلت كلبك فخالط أكلبا[2]

---

(١) لفظ (لا) ساقط من الطبعة الثالثة التي علقنا عليها ، ولم ينبه عليها في الخطأ والصواب .

(٢) أكلب : جمع كلب ، ومعنى لم يسم عليها ، لم يذكر اسم الله عند إطلاقها للصيد ، وفي الطبعة الثالثة (فخالط كلبها) بدون الهمزة ، ولم ينبه عليها في الخطأ والصواب .

لَمْ يُسَمَّ عَلَيْهَا ، فَلاَ تَأْكُلْ . فإنَّكَ لاَ تَدْرِى أَيُّها قَتَلَهُ » متفق عليه ، فأما إن كان ذلك فى بلد الإسلام ، فالظاهرُ إباحتها . لأن المسلمينَ لا يتعرّون فى بلدهم بيعَ ما لا يَحِلُّ بيعُه ظاهراً .

والثانى : ما أصلُه الإباحة ، كالماء يجدُه متغيّراً لا يعلم أبنجاسةٍ تغيّر ، أم بغيرها ؟ فهو طاهرٌ فى الحكم . لأن الأصلَ الطهارةُ . فلا نزول عنها إلا بيقين ، أو ظاهرٍ . ولم يُوجد واحدٌ منهما . والأصلُ فى ذلك حديثُ عبد الله بن زيد ، قال « شُكِيَ إِلَى النبيِّ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وسَلم : الرجلُ يُخَيَّلُ إِلَيْه فى الصَّلاَةِ أنه يَجِدُ الشَّىْءَ قَالَ : لاَ يَنْصَرِفْ حَتى يَسْمَعَ صَوْتاً أَوْ يَجِد رِيحاً » متفق عليه .

والثالث : مالا يُعرف له أصلٌ ، كرجل فى ماله حلالٌ وحرام ، فهذا هو الشبهة التى الأولَى تركُها ، على ما ذكرنا . وعملاً بما رُوى عن النبيّ صلّى الله عليه ، وسلّم « أَنهُ وَجَدَ تَمْرَةً سَاقِطَةً ، فَقَالَ : لَوْلاَ أَنِّى أَخْشَى أَنَّهَا مِنَ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا » وهو من بابِ الورَع .

٣١٤٨ (فصل) وكان أحمدُ رحمه الله لا يقبلُ جوائزَ السُّلطانِ ، ويُنكر على ولده ، وعمِّه قبولَها ويشدّد فى ذلك ، وممّن كان لا يقبَلُها . سعيدُ بن المسيَّب ، والقاسمُ ، وبِشْرُ بن سعيد ، ومحمد بن واسع ، والثورىّ ، وابن المبارك ، وكان هذا منهم على سبيل الورع ، والتَّوَقِّ لا على أنّها حرام ، فإن أحمد قال : جوائزُ السلطان أحبُّ إلىّ من الصدَقة . وقال : ليس أحدٌ من المسلمين ، إلاّ وله فى هذه الدراهم نصيبٌ ، فكيف أقولُ : إنّها سُحْتٌ ؟ وممّن كانَ يقبلُ جوائزهم ابنُ عمر ، وابنُ عبّاس ، وعائشةُ ، وغيرُهم من الصحابة ، مثلُ الحسن ، والحُسَيْن ، وعبدُ الله بن جعْفر ، وَرخّص فيه الحسنُ البصرىّ ، ومكحول ، والزهرىّ ، والشافعىّ . واحتجّ بعضُهم بأنّ النبيَّ صلّى الله عليه سلم « اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيّ طَعَاماً ، وَماتَ ، ودِرْعُهُ مَرْهُونَةٌ عِنْدَهُ ، وأَجَابَ يَهُودِيًّا دَعَاهُ ، وَأَكَلَ مِنْ طَعَامِهِ » وقد أخبر الله تعالى أنهم أكّالوُن للسُّحتِ ، ورُوى عن علىّ رضى الله عنه أنّه قال : « لاَ بَأْسَ بِجَوائِزِ السُّلْطَانِ فَإِنّ مَا يُعْطِيكُمْ مِنَ الحَلاَلِ أَكْثَرُ مِمَّا يُعْطِيكُمْ مِنَ الحَرَام » وقال « لاَ تَسْأَلِ السُّلْطَانَ شَيْئاً ، وَإِنْ أَعْطَى فَخُذْ ، فَإِنَّ مَا فِى بَيْتِ المَالِ مِنَ الحَلاَلِ أَكْثَرُ مِمَّا فِيهِ مِنَ الحَرَام » . قال أحمدُ رحمه الله فيمن معه ثلاثةُ دراهم فيها دِرْهَمٌ حرامٌ : يتَصدّق بالثلاثة ، وإن كان معه مائتا درهم فيها عشَرةٌ حَرامٌ يتصدّقُ بالعَشَرةِ . لأنّ هذا كثيرٌ ، وذاكَ قليلٌ . فقيل له : قال سُفيان : ما كان دون العشرة يتَصَدّق به ، وما كان أكثر يُخرج . قال : نَعَمْ ، لا يُجْحَفُ بِهِ ، قال القاضى : وليس هذا على سبيل التحديد ، وإنّما هو على طريق الاختيار . لأنّهُ كلّما كثُرُ الحلالُ بَعُدَ تناول الحرام ، وشَقّ التورُّعُ عن الجميع ، بخلاف القليل ، فإنّه يَسْهلُ إخراجُ الكُلّ ، والواجبُ فى الموضعين إخراجُ قدر الحرام ، والباقى مُباحٌ له . وهذا لأن تحريمه لم يكنْ لتحريم عَيْنه . وإنّما حَرُمَ لتعلّق حقّ غيره به ، فإذا أخرج عِوَضَهُ ، زال التحريمُ عنه ، كما

لو كان صاحبهُ حاضراً ، فرضي بعوضه ، وسواء كان قليلاً ، أو كثيراً ، والورعُ إخراجُ ما يتيقن به إخراجَ عَيْنِ الحرام ، ولا يحصُل ذاك إلا بإخراج الجميع ، لكن لما شقّ ذلك في الكثير تُرك لأجل المشقة فيه ، واقتصر على الواجب ، ثم يختلفُ هذا باختلاف الناس ، فمنهم من لا يكون له إلا الدراهم اليسيرةُ فيَشُقّ إخراجُها لحاجَتِهِ إليها . ومنهم من يكون له مالٌ كثيرٌ فيَسْتغني عنها ، فيَسْهلُ إخراجُها .

٣١٤٩ (فصل) قد ذكرنا أن الظاهرَ منَ المذهب : لا يجوزُ بيعُ كلّ ماء عِدّ ، كمياه العيُون ، ونَقْع البئر في أماكنه ، قبل إحرازه في إنائه ، ولا الكلأ في مواضعه ، قبل حيازته . فعلى هذا : متى باع الأرضَ وفيها كلأ ، أو ماء ، فلا حقّ للبائع فيه . وقد ذكرنا روايةً أخرى : أنّ ذلك مملوكٌ ، وأنّه يجوزُ بيعُه . فعلى هذه الرواية : إن باع الأرض فذكر الماء ، والكلأ في البيع ، دخل فيه ، وإن لم يذكره كان الماءُ الموجودُ والكلأُ للبائع . لأنّه بمنزلة الزرع في الأرض . والماء أصلٌ بنفسه . فهو كالطعام في الدار . فما يتجدّد بعد البيع فهو للمشتري . وعلى هذه الرواية : إذا باع من هذا الماء آصُعاً معلومةً جاز . لأنّه كالصُّبرة ، وإن باع كلّ ماء البئر لم يجُز . لأنه يختلط بغيره ، ولو باع من النهر الجاري آصُعاً لم يجُز . لأنّ ذلك الماء يذهبُ ، ويأتي غيرُه .

٣١٥٠ (فصل) وعلى كلتا الروايتين : متى كان الماءُ النابعُ في ملكه ، أو الكلأُ ، أو المعادنُ وَفْق كفايته لشُربه ، وشُرْب ما شيته ، لم يجب عليه بذلهُ . نصّ عليه . لأنه في ملكه ، فإذا تساوى هو وغيره في الحاجة كان أحقّ به ، كالطعام ، وإنّما توعّد النبيُّ صلّى الله عليه وسلم على منع فضل الماء . ولا فضلَ في هذا . ولأنّ عليه في بذله ضرراً ، ولا يلزمهُ نفعُ غيره بمضرّةِ نفسه ، وإن كان فيه فضلٌ عن شُرْبه ، وشُرْب ما شيته ، وزَرْعه ، واحتاجت إليه ماشيةُ غيره ، لزمه بذلهُ بغير عِوَض . ولكلّ واحدٍ أن يتقدّم إلى الماء ، ويشرب ، ويسقي ما شيتَه . وليس لصاحبه المنعُ من ذلك . لما روى إياسُ ابن عبد الله المُزَنيّ : أنّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ مَنَع فَضْلَ المَاءِ لِيَمْنَعَ بِهِ فَضْلَ الكَلإِ مَنَعَهُ اللهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ » وفي صحيحُ مسلم ، عن أبي هريرة : « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسلّم نَهى أَنْ تَسْأَلَ المَرأَةُ طَلاَقَ أُخْتِهَا . وَنَهى أَنْ يَمْنعَ الماء مَخَافَةَ أَنْ يُرْعىَ الكَلأُ » يعني إذا كان في مكان كلأ ، وليس يُمكنه الإقامةُ لرعيه إلاّ بالسقي من هذا الماء ، فيمنعهُم السقي ، ليتوفّر الكلأُ عليه ، وروى أبو عبيدَة بإسناده . عن عمر : أنّه قال « ابنُ السَّبِيلِ أَحَقُّ بِالمَاءِ منَ البانِي عَلَيْهِ » وعن أبي هريرة قال « ابنُ السَّبِيل أَوَّلُ شَارِبٍ » وعن بُهَيْسة قالت « قَال أَبِي : يَارَسُولَ اللهِ مَاالشَّيْءُالذي لايحلُّ مَنْعُهُ ؟ قال : الماء . قال : يا رَسُولَ الله ما الشَّيْءُ الذي لاَ يَحلُّ مَنْعُهُ ؟ قال : المِلْحُ » وليس عليه بذلُ آلةِ البئر ، من الحَبْل ، والدَّلوْ ، والبَكَرَةِ ، لأنه يَخْلَقُ ولا يَسْتَخْلِفُ غَيْرَهُ ، بخلاف الماء ، وهذا كلُّه هو

الظاهر من مذهب الشافعيّ، ولا فرق فيما ذكرنا بين البُنيان، والصحارى، وعن أحمدَ أنه قال: إنما هذا فى الصحارى، والبَرِّيةِ دونَ البُنْيان، يعنى أن البُنْيان، إذا كان فيه الماء فليس لأحدٍ الدخولُ إليه، إلا بإذن صاحبه.

٣١٥١ (فصل) وهل يلزمُه بذلُ فضلِ مائِه لزَرْعِ غيره، فيه روايتان:

إحداهما: لا يلزمُه. وهو مذهب الشافعيّ. لأن الزرع لا حُرمةَ له فى نفسه، ولهذا لا يجبُ على صاحبه سَقْيُه، بخلاف الماشية.

والثانية: يلزمه بذْله لذلك، لما رُوى عن عبد الله بن عمرو «أَنَّ قَيِّمَ أَرْضِهِ بِالْوَهْطِ[1] كَتَبَ إِلَيْهِ يُخْبِرُهُ أَنَّهُ قَدْ سَقَى أَرْضَهُ، وَفَضَلَ لَهُ مِنَ الْمَاءِ فَضْلٌ يُطْلَبُ بِثَلاثِينَ أَلفاً، فكتبَ إليه عبدُ الله ابن عمرو: أَقِمْ قِلادَكَ ثُمَّ اسْقِ الأَدْنَى، فَالأَدْنَى. فَإِنِّى سَمِعتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يَنْهَى عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الماء» قال أبو عُبَيْدٍ، القِلْدُ[2] يومُ الشُّرْبِ. وفى المُسند: حدّثنا حسن، قال: حدّثنا حمَّادُ بنُ سَلَمَةَ، عن أبى الزبير، عن جابر، قال «نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الماء» وروى إياسُ بنُ عبد الله، قال «نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يُمْنَعَ فَضْلُ المَاءِ» رواه الترمذىّ وقال حديث حسن صحيح، وفى لفظ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَاءِ» ولأنّ فى منعه فضلَ الماء إهلاكَه، فحرُم منعُه، كالماشية، وقولُهم: لا حُرمة له.

قلنا: فلصاحبه حُرْمةٌ، فلا يجوزُ التسبُّبُ إلى إهلاك ماله، ويحتمل أن يُمنع نَفْىُ الحرمةِ عنه، فإنّ إضاعةِ المالِ مَنهِىٌّ عنها، وإتلافُه مُحرَّم. وذلك دليل على حُرْمته.

٣١٥٢ (فصل) وإذا اشترى عبداً بمائةٍ، فقضاها عنه غيرُه صحّ، سواء قضاه بأمره أو غير أمره. فإن بان العبدُ مُستَحقًّا لزم ردُّ المائة إلى دافعها. لأنّا تبيّنّا أنه قبض غيرَ مُستَحَق. فكأنّ المائةَ لم تخرُج من يد دافعها. وإن بان العبدُ مَعيباً فردَّه بالعيب، أو بإقالةٍ، أو أصدَقَ امرأةً إنسانٌ شيئاً، فطلّقها الزوج قبل دخوله بها، أو ارتدّت، فهل يلزم ردُّ المائة إلى دافعها، أو على المشترى والزوج؟ يحتملُ وجهين:

أحدهما: على الدافع. لأن القبض حصل منه. فالردُّ عليه كالتى قبلها.

والثانى: على الزوج والمشترى. لأنّ قضاءه بمنزله الهبة لهما. بدليل براءة ذمّتهما منه. والهِبَةُ المقبوضة لا يجُوز الرجوعُ فيها، وإن كان الدفع بإذن المشترى، والزوج، احتملَ أن يكون الحكمُ فيه، كما لو قضاه بغير إذنه، إذا كان فعلَ ذلك على سبيل التبرّع عليه. واحتمل أن يكون ردّه على الزوج

---

(١) الوهط: بستان ومال كان لعمرو بن العاص بالطائف، وأصل الوهط جمع وهطة وهو الأرض المنخفضة.

(٢) القلد: بكسر القاف وسكون اللام الحظ من الماء

والمشترى ، إذا كان عقدُهما صحيحاً بكلّ حال . لأنّ إذنهما فى تسليمه إلى مَنْ له الدينُ عليهما إذا اتّصل به القبضُ جرى مجرى قبوله ، وقبضه ، بخلاف ما إذا لم يأذن ، وإن أذنا فى دفع ذلك عنهما قرْضاً . فإنّ الردّ يكون عليهما ، والقرضُ يرجعُ عليهما بعِوَضه .

٣١٥٣ (فصل) إذا قال العبدُ لرجل : ابتَعْنِى من سيّدى ففعل ، فبان العبدُ مُعْتَقاً . فالضمانُ على السيّد . نصّ عليه أحمدُ . وبه قال أبو حنيفة : إن كان السيّد حاضراً حين غرّه العبدُ . وإن كان غائباً فالضمانُ على العبد . لأن الغرر منه .

ولنا : أن السيّد قبض الثمن بغير استحقاق ، وضمن العُهدة . فكان الضمانُ عليه ، كما لو كان حاضراً . وإن بان العبدُ مغصوباً ، أو به عيبٌ فردّه ، فالضمانُ على السيّد لما ذكرنا .

٣١٥٤ (فصل) وإن اشترى اثنان عبداً . فغاب أحدُهما ، وجاء الآخرُ يطالبُ نصيبه منه . فله ذلك . وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك . لأنّه لا يُمكنه تسليمُه إلاّ بتسليم نصيب الغائب ، وليس له تسليمُه بغير إذنه .

ولنا : أنه طلب حِصّتَهُ . فكان له ذلك ، كما لو أوجب لكلّ واحدٍ منهما مُنفرداً . وما ذكروه يَبطُل بهذه الصورة . وإن قال الحاضرُ : أنا أدفعُ جميعَ الثمن ، ويَدْفَعُ إلىّ جميعَ العبد . لم يكن له ذلك ، وقال أبو حنيفة : له ذلك .

ولنا : أن شريكه لم يأذن للحاضر فى قبض نصيبه ، ولا للبائع فى دَفْعه إليه ، فلم يكن لهما ذلك ، كما لو كانا حاضرين . فإن سُلِّم إليه ، فتلف العبدُ ، فللغائب تضمينُ أيِّهما شاء . لأن الدافعَ فرّط بدفع ماله بغير إذنه ، والشريكَ قبضَ مالَ غيره بغير إذنه . فإن ضَمِنَ الشريكُ لم يرجعْ على أحَدٍ . لأن التلفَ حصلَ فى يده ، فاستقرّ الضمانُ عليه . وإن ضمن الدافعُ رجع على القابض لذلك . ويَقْوَى عندى : أنّه إذا لم يُمكن تسليمُ نصيب أحدِ المشترِيَيْن إليه إلاّ بتسليم نصيب صاحبه ، أنّه لا يجوزُ التسليمُ إليه ، لما ذكرنا ههنا .

٣١٥٥ (فصل) ويُستحبّ الإشهادُ فى البيع ، لقول الله تعالى (٢ : ٢٨٢ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ) وأقلّ أحوال الأمر الاستحبابُ ، ولأنّه أقطعُ للنزاع ، وأبعدُ من التجاحُد . فكان أولى . ويختصّ ذلك بما له خَطَر . فأمّا الأشياء القليلةُ الخطَر ، كحوائج البقّال ، والعطّار ، وشبههما . فلا يُستحبّ ذلك فيها . لأن العقود فيها تكثُر ، فيَشُقّ الإشهادُ عليها ، وتقبحُ إقامةُ البيّنةِ عليها ، والترافع إلى الحاكم من أجلها ، بخلاف الكثير . وليس الإشهادُ بواجبٍ فى واحدٍ منهما ، ولا شرْطاً له . رُوى ذلك عن أبى سعيد الخُدرِىّ ، وهو قول الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وإسحق ، وأبى أيّوب ، وقالت طائفةٌ : ذلك فرضٌ

لا يجوزُ تركه . ورُوى ذلك عن ابن عباس . وممّن رأى الإشهادَ على البيع : عطاء ، وجابرُ بن زيد ، والنخَعِىّ . لظاهر الأمر ، ولأنّه عقدُ مُعاوَضةٍ . فيجبُ الإشهادُ عليه ، كالنكاح .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ٨٢٣ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ)[١] وقال أبو سعيدٍ : صارَ الأمرُ إلى الأمانةِ وتلا هذه الآية . ولأن النبىَّ صلى الله عليه وسلم « اشْتَرَى مِنْ يَهُودِىٍّ طَعَاماً وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ . وَاشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ سَرَاوِيلَ . وَمِنْ أَعْرَابِىٍّ فَرَساً ، فجحَدَهُ الأعْرَابِىُّ حَتَّى شَهِدَ لَهُ خُزَيْمَةُ بْنُ ثَابِتٍ[٢] » ولم يُنقَل أنّه أشْهد[٣] فى شىء من ذلك ، وكان الصحابةُ يتبايعونَ فى عصره فى الأسواق ، فلم يأمُرهم بالإشهاد . ولا نُقِل عنهم فعلُه . ولم يُنكِر عليهم النبىّ صلّى الله عليه وسلم ، ولو كانوا يُشْهِدُون فى كل بِيَاعاتِهم لما أُخِلَّ بِنَقْله ، وقد أمر النبىُّ صلّى الله عليه وسلم عُرْوَةَ بن الجَعْد « أَنْ يَشْتَرِىَ لَهُ أُضْحِيَةً » ولم يأمره بالإشهاد ، وأخبره عُرْوَةُ : أنّه اشترى شاتين ، فباع إحداهما . ولم يُنكر عليه تركَ الإشهاد ، ولأنّ المبايَعة تكثُرُ بين الناس فى أسواقهم ، وغيرها . فلو وجب الإشهادُ فى كلّ ما يتبايعونه أفضى إلى الحرَج المَحْطُوطِ عنا بقوله تعالى (٢٢ : ٧٨ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) والآيةُ المرادُ بها الإرشادُ إلى حفظ الأموال ، والتعليم ، كما أمر بالرهن ، والكاتب . وليس ذلك بواجب . وهذا ظاهر .

٣١٥٦ (فصل) ويُكره البيعُ ، والشراء فى المسجد ، وبه قال إسحق ، لما روى أبو هريرة : أنّ رسولَ الله صلىّ الله عليه وسلم قال « إِذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَبِيعُ أَوْ يَبْتَاعُ فِى الْمَسْجِدِ فَقُولُوا : لاَ أَرْبَحَ اللهُ تِجَارَتَكَ . وَإِذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَنْشُدُ ضَالَّةً فِى الْمَسْجِدِ فَقُولُوا : لاَ رَدَّها اللهُ عَلَيْكَ » أخرجه الترمذىّ ، وقال : حديثٌ حسن غريب ، ولأن المساجدَ لم تُبْنَ لهذا . ورأى عمرانُ القصيرُ رجلاً يبيعُ فى المسجد ، فقال « هَذِهِ سُوقُ الآخِرَةِ . فَإِنْ أَرَدْتَ التِّجَارَةَ ، فاخْرُجْ إلى سُوقِ الدُّنْيَا » فإن باع فالبيعُ صحيحٌ ، لأنّ البيع تمّ بأركانه ، وشروطه . ولم يثبُت وجود مُفسدٍ له . وكراهةُ ذلك لا توجبُ الفساد ، كالغشّ فى البيع ، والتدليس ، والتَّصْرِيَةِ . وفى قول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « قُولُوا : لاَ أَرْبَحَ اللهُ تِجَارَتَكَ » من غير إخبار بفسادِ البيع دليلٌ على صحّته ، والله أعلم .

---

(١) ليس فى الآية تصريح بعدم الإشهاد على البيع والشراء وإنما فيها الحث على تأدية الأمانة .

(٢) معنى جحده اليهودى : أنه أنكر أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى منه الفرس وأعطاه ثمنه ، وطلب استرداد الفرس ، وقد شهد خزيمة للنبى صلى الله عليه وسلم من غير سابق معرفة ، وقد قال له الرسول : تشهد لى وأنت لا تعرفنى ؟ فقال له خزيمة نعم ، فلذلك جعل الرسول صلى الله عليه وسلم شهادة خزيمة بشهادة رجلين .

(٣) فى النسخ المطبوعة (أنه شهد) والصحيح ما هنا .

باب السلم

وهو أن يُسلِمَ عِوَضاً حاضراً في عِوَضٍ موصوف في الذمّة إلى أجَلٍ ، ويُسمى سَلَماً ، وسَلَفاً . يقال : أسلم ، وأسلف ، وسَلّف . وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيعُ . وبلفظ السَلَم ، والسلَف . ويُعتبر فيه من الشروط ما يُعتبر في البيع ، وهو جائز بالكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٢ : ٢٨٢ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ) وروى سعيدٌ بإسناده ، عن ابن عبّاس : أنه قال « أَشْهَدُ أَنَّ السَّلَفَ الْمَضْمُونَ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى قَدْ أَحَلَّهُ اللهُ فِي كِتَابِهِ . وَأَذِنَ فِيهِ ، ثُمَّ قَرَأَ هَذِهِ الآيَةَ » ولأن هذا اللفظ يصلُح للسَّلَم ، ويشمَلهُ بعمومه .

وأما السنّة : فروَى ابنُ عبّاس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُمْ قَدِمُوا الْمَدِينَةَ ، وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي الثِّمَارِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلاثَ . فقال : مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » متفق عليه ، وروَى البُخاريّ عن محمد بن أبي المُجالِدِ قال « أَرْسَلَنِي أَبُو بُرْدَةَ وعَبْدُ اللهِ بنُ شَدَّاد إِلَى عَبْدِ الرَّحمنِ بنِ أَبْزَى ، وعَبْدِ اللهِ بنِ أَبِي أَوْفَى ، فَسَأَلْتُهما عَنِ السَّلَفِ ؟ فَقَالا : كُنَّا نُصِيبُ المَغَانِمَ مَعَ رَسُولِ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وسَلم ، فَكَانَ يَأْتِينَا أَنْبَاطٌ مِنْ أَنْبَاطِ الشامِ ، فَنسْلِفُهُمْ فِى الحِنْطَةِ ، والشَّعِيرِ ، والزَّبِيبِ ، فقلتُ : أَكَانَ لَهُمْ زَرْعٌ أَمْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ زَرْعٌ ؟ قال : مَا كُنَّا نَسْأَلهمْ عَنْ ذَلِكَ » .

وأما الإجماع : فقال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظُ عنه من أهل العلم على أن السلمَ جائز . ولأن المثمن في البيع أحد عِوَضى العقد ، فجاز أن يثبُت في الذمّة كالثمن . ولأن بالناس حاجةً إليه . لأن أرباب الزروع ، والثمار ، والتجارات ، يحتاجونَ إلى النفقة على أنفسهم ، وعليها لتكمل . وقد تُعوزُهم النفقةُ ، فجُوّز لهم السَلَمُ ليَرْتَفِقُوا ، ويرتفق المُسْلِمُ[1] بالاسْتِرْخَاصِ.

٣١٥٧ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وكلّ ما ضُبط بصفةٍ فالسلم فيه جائز ﴾ وجملة ذلك : أن السلم لا يصحّ إلا بشروط ستة :

أحدُها : أن يكونَ المسلمَ فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً . فيصحّ في الحُبوب، والثمار ، والدقيق ، والثياب ، والإبْرَيْسِمَ ، والقطن ، والكَتّان ، والصوف ، والشعر ، والكاغد، والحديد ، والرَّصاص، والصُّفْر ، والنُّحاس، والأدْوية ، والطِّيب ، والخُلول ، والأدْهانِ ، والشُّحوم، والألبان والزئبق ، والشبّ ، والكبريت، والكُحْل وكلّ مَكِيل ، أو موزون ، أو مزروع . وقد جاء الحديث في

(١) المسلم : الذى دفع مال السلم ، وهو ثمن الشيء الذى يأتيه بعد الأجل المعلوم .

الثمار . وحديثُ ابن أبى أوفى فى الحِنطَة ، والشعير ، والزبيب ، والزيت : وأجمع أهلُ العلم على أن السَّلم فى الطعام جائزٌ . قاله ابن المنذر . وأجمعوا على جواز السلم فى الثياب . ولا يصحُّ السلم فيما لا ينضبطُ بالصفة . كالجوهر ، من اللؤلؤ ، والياقوت ، والفَيْرُوزج ، والزبَرْجد ، والعقيق ، والبلُّور ، لأن أثمانها تختلفُ اختلافاً مُتبايناً بالصِّغَر ، والكِبَر ، وحُسْن التَّدوير ، وزيادة ضَوْئِها ، وصفائها ، ولا يُمكن تقديرُها بِبَيْضِ العُصْفُورِ ونحوه . لأنْ ذلك يختلفُ ، ولا بشىء معيَّن لأن ذلك يتلَفُ . وهذا قول الشافعىّ وأصحاب الرأى . وحكى عن مالك صحةُ السلَمِ فيها ، إذا اشترط منها شيئاً معلوماً . وإن كان وَزْناً فبِوَزْنٍ معـــروف . والذى قلناه أولى ، لما ذكرنا . ولا يصحّ فيما يَجْمَعُ أخلاطاً مقصودةً غير متميِّزة ، كالغالية[1] ، والنَّدّ ، والمعاجين التى يُتَدَاوى بها ، للجهل بها ، ولا فى الحوامل من الحيوان . لأنّ الولد مجهولٌ غيرُ متحقق ولا فى الأوانى المختلفة الرءوس ، والأوساط . لأن الصفة لا تأتى عليه . وفيه وجهٌ آخرُ : أنه يصحّ السلَمُ فيه إذا ضُبط بارتفاع حائطه ، ودَوْر أعلاه ، وأسفَلِه . لأن التفاوت فى ذلك يسيرٌ ، ولا يصحّ فى القِسِىّ المشتملة على الخشَبِ ، والقرن ، والعَصَب[2] ، والتُّوزِ . إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك ، وتمييز ما فيه منها . وقيل يجوز السَّلَم فيها ، والأولى ما ذكرنا، قال القاضى : والذى يجمع أخلاطاً على أربعة أضرب .

أحدها : مُختَلِطٌ مقصود ، متميز ، كالثياب المنسوجة من قطن ، وكَتَّان ، أو قطن وإبْرَيسم ، فيصحُّ السلَم فيها . لأن ضبطها ممكن .

الثانى : ما خلطه لمصلحته . وليس بمقصود فى نفسه ، كالأنفَحَةِ فى الجُبْنِ ، والمِلْحِ فى العجين ، والخبز ، والماء فى خلّ التمر ، والزبيب ، فيصحُّ السلَم فيه . لأنهُ يسيرٌ لمصلحته .

الثالث : أخلاطٌ مقصودةٌ غير متميِّزة ، كالغالية ، والندّ ، والمعاجين ، فلا يَصحّ السلَمُ فيها . لأن الصفة لا تأتى عليها .

الرابع : ما خلَطه غيرُ مقصود ، ولا مصلحةَ فيه ، كاللبن المشوب بالماء . فلا يصحّ السلَمُ فيه .

٣١٥٨ (فصل) ويصحّ السلَمُ فى الخبزِ ، واللِّبأ ، وما أمكن ضبطه مما مَسَّتْهُ النارُ . وقال الشافعىّ : لا يصحّ السلَم فى كلّ معمولٍ بالنـار . لأنَ النار تختلفُ ، ويختلِفُ عمَلها ، ويختلفُ الثمن بذلك .

---

(١) الغالية : نوع جيد من الطيب : والند : بفتح النون وكسرها نوع من الطيب أيضاً كان معروفاً عند العرب . وأيام المؤلف .

(٢) العصب : بفتح العين مع فتح الصاد وسكونها شجر اللبلاب ، والتوز : نوع من أنواع الشجر معروف عند العرب .

ولنا : قوله عليه السلام « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ » فظاهرُ هذا : إباحةُ السَّلَمِ فى كل مَكِيلٍ ، ومَوْزُونٍ ، ومَعْدُودٍ . ولأنَّ عملَ النار فيه معلوم بالعادة ، ممكنٌ ضَبْطُه بالنَّشَافةِ ، والرُّطُوبَةِ . فصحَّ السلم فيه ، كالمُجَفَّفِ بالشمس ، فأما اللحمُ المطبوخُ ، والشِّواء ، فقال القاضى : لا يصحّ السلمَ فيه . وهو مذهب الشافعىّ ، لأن ذلك يتفاوتُ كثيراً ، وعاداتُ الناس فيه مختلفةٌ . فلم يمكن ضبطُه . وقال بعض أصحابنا : يصحّ السلمُ فيه . لما ذكرنا فى الخبز واللِّبأ .

٣١٥٩ (فصل) ويصحّ السَّلَمُ فى النُّشاب ، والنَّبْلِ . وقال القاضى : لا يصحّ السلم فيها ، وهو مذهبُ الشافعىّ . لأنه يجمعُ أخلاطاً من خشب ، وعَقَبٍ ، ورِيش ، ونَصْلٍ ، فجرى مجرى أخلاطِ الصَّيادِلةِ . ولأنّ فيه ريشاً نَجِساً . لأنّ ريشه من جَوارِح الطيرِ .

ولنا : أنه مما يصحّ بيعُه ، ويمكنُ ضبطُه بالصفاتِ التى لا يتفاوتُ الثمنُ معها ، غالباً . فصحّ السَّلَمُ فيه ، كالخشب ، والقَصَبِ ، وما فيه من غيرهُ متميّز ، يمكنُ ضبطُه والإحاطةُ به ، ولا يتفاوتُ كثيراً . فلا يُمنع ، كالثِّيابِ المنسوجَةِ من جنسين . وقد يكون الريشُ طاهراً . وإن كان نَجِساً لكن يصحّ بيعُه ، فلم يُمنع السَّلَمَ فيه ، كنجاسة البغل ، والحمار .

٣١٦٠ (فصل) واختلفت الرواية فى السَّلَم فى الحيوان . فرُوى : لا يصحّ السَّلَمُ فيه . وهو قول الثورىّ ، وأصحاب الرأى . ورُوى ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، وحُذَيْفَةَ ، وسعيد بن جُبَيْر ، والشعبىّ ، والجَوْزَجانىّ . لما رُوى عن عمر بن الخطّاب رضى الله عنه أنه قال « إنَّ مِنَ الرِّبَا أَبْوَابًا لَا تَخْفَى . وَإِنَّ مِنْهَا السَّلَمَ فِي السِّنِّ » ولأن الحيوان يختلف اختلافا متباينا . فلا يمكنُ ضبطُه . وإن استقصى صفاته التى يختلفُ بها الثمنُ — مثلُ أزجِّ الحاجِبَيْنِ ، أكحلُ العينَيْنِ ، أقْنَى الأنفِ[1] ، أشمُّ العِرْنِينِ ، أهْدَبُ الأشفارِ[2] ، ألْمَى الشَّفَةِ ، بديعُ الصِّفةِ . تعذرّ تسليمُه ، لنُدْرة . وجُوده ، على تلك الصفة . وظاهرُ المذهب : صحّةَ السَّلَم فِيه . نصّ عليه فى رواية الأثرم . قال ابن المنذر : وممّن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم فى الحيوان : ابنُ مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر ، وسعيدُ بن المسيّب ، والحسنُ ، والشعبىّ ، ومُجاهد ، والزهرىّ والأوزاعىّ ، والشافعىّ وإسحاق ، وأبو ثور . وحكاه الجَوْزَجانىّ عن عَطاء ، والحكم . لأن أبا رافع

---

(١) أقنى الأنف : مرتفع أعلاه محد ودب، وسطه والعرنين : الأنف أو ما صلب من عظمه ، والأشم المرتفع قصبته حسنها .

(٢) أهدب الأشفار : الأشفار شعر جفون العينين والأهدب كثير شعر الجفون، والمى الشفة: أسمرها ، أوقريب من سوادها .

قال : « اسْتَسْلَفَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ منْ رَجُلٍ بَكْراً[1] » رواه مسلم . وروى عبدُ الله بن عمرو بن العاص ، قال « أَمَرنِي رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلم ، أنْ أَبْتَاعَ البَعِيرَ بِالْبَعِيرَيْنِ ، و بِالأَبْعِرَةِ إِلَىَ مَجِيءِ الصَّدَقَةِ » وقد ذكرنا هذا الحديث فى باب الرّبا . ولأنه ثبت فى الذمّة صَداقا . فثبت فى السَلَم ، كالثّياب ، فأما حديثُ عمر فلم يذكره أصحابُ الاختلاف . ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضِرابِ فَحْلِ بَنِي فُلان ، قال الشعبيّ : إنما كره ابن مسعود السلفَ فى الحيوان ، لأنّهم اشترطوا نِتاجَ فَحْلٍ مَعْلُومٍ . رواه سعيدٌ . وقد رُوى عن عليّ « أنَّهُ بَاعَ جَمَلاً لَهُ يُدْعَى عُصَيْفِيراً بِعِشْرِينَ بَعِيراً إِلَى أَجَلٍ » ولو ثبت قولُ عمر فى تحريم السَّلَم فى الحيوان ، فقد عارضه قولُ من سَمَّيْنَا مِمَّن وافقنا .

٣١٦١ (فصل) واختلفت الرواية فى غير الحيوان ممّا لا يُكالُ ، ولا يُوزَن ، ولا يُزْرَعُ فنقل إسحاقُ بن ابراهيم ، عن أحمد : أنّه قال : لاَ أَرَى السَّلَمَ إلاَّ فِيماَ يُكَالُ ، أو يُوزَنُ ، أو يُوقَفُ عَلَيْه . قال أبو الخطّاب : معناه يُوقَفُ عليه بحدٍّ مَعْلُومٍ لا يختلفُ ، كالزرع ، فأمّا الرمّان ، والبَيْضُ ، فلا أرى السَّلَم فيه . وحَكى ابنُ المنذر عنه ، وعن إسحاق : أنّه لا خيرَ فى السَّلَم فى الرمّان ، والسفرْجَلِ ، والبِطّيخِ ، والقِثَّاء ، والخِيارِ ، لأنّه لا يُكَالُ ، ولا يوزن ، ومنه الصغيرُ ، والكبيرُ . فعلى هذه الرواية : لا يصحّ السلم فى كلّ معدود ، مختلف ، كالذى سمّيناه ، وكالبقُول . لأنه يختلف ، ولا يمكنُ تقديرُ البقل بالحَزْمِ ، لأن الحَزْمَ يمكنُ فى الصغير ، والكبير . فلم يصحّ السَّلَمُ فيه ، كالجواهر . ونقل إسماعيلُ ابن سعيد ، وابنُ منصور : جوازَ السلَم فى الفواكه ، والسفرْجَلِ ، والرمّان ، والمَوْزِ ، والخضراوات ، ونحوها . لأنّ كثيراً من ذلك ممّا يتقارَبُ ، و ينضبطُ بالصِّغَر ، والكبَرَ ، وما لا يتقارَبُ ينضبط بالوزن ، كالبقول ، ونحوها . فصحّ السلَم فيه ، كالزروع . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعيّ ، والأوزاعىّ . وحَكى ابن المنذر عن الشافعىّ : المنعَ من السلم فى البيض ، والجَوز . ولعلّ هذا قولٌ آخرُ . فيكون له فى ذلك قولان .

٣١٦٢ (فصل) فأما السلم فى الرءوس ، والأطراف . فيخرج فى صحة السلم فيها الخلافُ الذى ذكرنا ، وللشافعىّ فيها قولان أيضاً ، كالروايتين :

أحدها : يجوز . وهو قول مالك ، والأوزاعىّ ، وأبى ثَوْر . لأنَّه لحمٌ فيه عَظْمٌ ، يجوز شراؤه ، فجاز السلَمُ فيه ، كبقيّة اللّحم .

وَالآخر : لا يجوز . وهو قول أبى حنيفة ، لأنّ أكثره العِظَامُ ، والمَشافِرُ ، واللّحمُ فيه قليل، وليس بموْزون ، بخلاف اللحم . فإن كان مَطْبوخاً ، أو مَشْوِيّاً . فقال الشافعىُّ : لا يصحُّ السَلَمُ فيه . وهو

(٣) البكر : بفتح الباء الجمل الفتى القوى.

قياس قول القاضي . لأنه يتناثرُ ويختلفُ . وعلى قول غير القاضي من أصحابنا : حكمُ ما مَسَّتْه النارُ من ذلك حكمُ غيره ، وبه قال مالك ، والأوزاعيُّ ، وأبو ثور ، والعقدُ يقتضيه سليماً من التأثر ، والعادةُ في طبخه تتفاوتُ ، فأشبه غيره .

٣١٦٣ (فصل) وفي الجلود من الخلاف مثلُ ما في الرءوس ، والأطراف ، وقال الشافعيُّ : لا يصحُّ السَلَمُ فيها ، لأنَّها تختلفُ ، فالوَرِكُ ثخينٌ قويٌّ ، والصدرُ ثخينٌ رِخْوٌ ، والبَطْنُ رَقِيقٌ ضعيفٌ ، والظهرُ أقوى ، فيحتاجُ إلى وَصْفِ كلِّ موضعٍ منه ، ولا يمكن ذَرْعُه لا ختلاف أطرافه .

ولنا : أن التفاوت في ذلك معلوم ، فلم يمنع صحَّة السَلَم فيه ، كالحيوان ، فإنَّه يشتملُ على الرأس ، والجلد ، والأطراف ، واللحم ، والشحم ، وما في البطن ، وكذلك الرأسُ يشتملُ على لحم الخدَّين ، والأُذُنَيْنِ ، والعينين ، ويختلفُ ذلك ، ولم يمنع صحَّة السلم فيه ، كذا ههنا .

٣١٦٤ (فصل) ويصحّ السَلَمُ في اللحم ، وبه قال مالك ، والشافعيُّ ، وقال أبو حنيفة : لا يجوزُ لأنه يختلف .

ولنا : قول النبيِّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ » وظاهرُه : إباحةُ السَلَم في كلّ موزون ، ولأنَّنا قدَ بيَّنَّا جوازَ السلم في الحيوان ، فاللحمُ أولى .

الشرط الثاني : أن يضبطه بصفاته التي يختلف الثمن بها ظاهراً . فإنّ المسلَم فيه عِوَضٌ في الذمّة . فلا بدّ من كونه معلوماً بالوصف ، كالثمن . ولأن العلم شرط في المبيع . وطريقُه : إمّا الرؤيةُ ، وإما الوَصْفُ ، والرؤيةُ ممتنعةٌ ههنا . فيتعيَّن الوصفُ ، والأوصافُ على ضربين : مُتفقٌ على اشتراطها ، ومُختلَفٌ فيها . فالمتَّفَقُ عليها ثلاثةُ أوصاف : الجنسُ ، والنوعُ ، والجَوْدَةُ ، والرَّدَاءةُ . فهذه لا بدّ منها في كل مُسْلَمٍ فيه . ولا نعلمُ بين أهل العلم خلافاً في اشتراطها . وبه يقول أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيُّ .

الضرب الثاني : ما يختلف الثمنُ باختلافه ، ممّا عدا هذه الثلاثة الأوصاف . وهذه تختلفُ باختلاف المُسْلَمِ فيه . ونذكرها عند ذكره . وذكرُها شرطٌ في السَّلَمِ عند إمامنا ، والشافعيّ . وقال أبو حنيفة : يكفي ذكرُ الأوصاف الثلاثة . لأنَّها تشتمِلُ على ماوراءها من الصفات .

ولنا : أنه يبقى من الأوصاف من اللون ، والبلد ، ونحوهما ما يختلفُ الثمنُ ، والغَرَضُ لأجله . فوجب ذكرُهُ كالنوع .

ولا يجب استقصاء كلّ الصِّفات ، لأنّ ذلك يتعذّر ، وقد ينتهي الحالُ فيها إلى أمرٍ يتعذّر تسليمُ المُسْلَمِ فيه . إذ يبعدُ وجودُ المُسلم فيه عند المَحلّ بتلك الصفات كُلّها . فيجبُ الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة ، التي

يختلفُ الثمن بها ظاهراً . ولو استقصى الصفاتِ حتى انتهى إلى حالٍ يندُر وجودُ المُسْلَمِ فيه بتلك الأوصافِ ، بَطَلَ السلمُ . لأنّ من شرط السلم أن يكون المُسْلَمُ فيه عامّ الوُجود عند المَحِلّ ، واستقصاء الصفاتِ يمنعُ منه . ولو شَرط الأجوَد لم يصحّ أيضاً . لأنّه لا يقدرُ على الأجْودِ . وإن قدر عليه كان نادراً . وإن شرط الأرْدأ احتمل أن لا يصحّ لذلك . واحتمل أن يصحّ . لأنّه يقدرُ على تسليم ما هو خيرٌ منه . فإنه لا يُسلم شيئاً إلاّ كان خيراً مما شرطه ، فلا يَعْجِزُ إذاً عن تسليم ما يجبُ قبوله ، بخلاف التى قبلها . ولو أسلم فى جاريةٍ وابنتها ، لم يصحّ . لأنه لابدّ أن يضبط كلّ واحدةٍ منهما بصفاتٍ ، ويتعذّرُ وجودُ تلك الصفات فى جاريةٍ وابنتها ، وكذلك إن أسلم فى جاريةٍ وأختِها ، أو عمّتها ، أو خالتها ، أو ابنة عمّها ، لما ذكرنا . ولو أسلم فى ثوب على صفةِ خِرْقَةٍ أحضرها ، لم يَجُزْ ، لجواز أن تَهْلِكَ الخرْقةُ ، وهذا غَرَرٌ ، ولا حاجةَ إليه ، فمنع الصحّة . كما لو شرط مِكيالاً بعينه ، أو صَنْجَةً بعينها .

٣١٦٥ (فصل) والجنسُ ، والجودة ، أو ما يقومُ مقامهما شرطان فى كلّ مُسْلَمٍ فيه . فلا حاجةَ إلى تكرير ذكرها فى كلّ مُسْلَمٍ فيه . ويذكر ما سواهما فيصفُ التمر بأربعة أوصاف : النوع ، بَرْنىّ أو مَعْقِلىّ . والبلَد ، إن كان يختلف . فيقول : بَغدادِىّ أو بَصْرِىّ . فإنّ البغدادىّ أحلى ، وأقلّ بقاء لعذُوبةِ الماء ، والبصرىّ بخلاف ذلك ، والقَدْر : كِبارٌ أو صِغَار ، وحَديثٌ أو عَتِيقٌ . فإن أطلق العتيق فأىُّ عَتِيقٍ أعطَى جاز ، مالم يكن مُسَوِّساً ، ولا حَشَفاً[1] ، ولا مُتَغَيِّرًا . وإن قال عتيقُ عامٍ ، أو عامين ، فهو على ماقال : فأمّا اللونُ : فإن كان النوعُ الواحدُ مختلفاً ، كالطبرز ، يكون أحمر ، ويكون أسود ، ذكرَه وإلاّ فلا ، والرُّطَبُ كالتمر فى هذه الأوصاف ، إلاّ الحديثَ والعَتِيقَ ، ولا يأخذُ من الرُّطبِ إلّا ما أرْطبَ كلّه . ولا يأخذ منهُ مشدَّخاً ، ولا قديما قارب أن يُتمِرَ ، وهكذا ما جرى مجراهُ من العِنَبِ ، والفواكه .

٣١٦٦ (فصل) ويصف البُرّ بأربعة أوصاف : النوع . فيقول : سبيلة ، أو سلمونىّ والبلد . فيقول : حَوْرَانِىّ أو بَلْقَاوِىّ ، أو سِمَالىٌّ ، وصغارُ الحبّ أو كِبارُه ، وحديثٌ أو عتيقٌ ، وإن كان النوع الواحدُ يختلف لونُه ذكره . ولا يُسْلم فيه إلا مُصَفًّى وكذلك الحكم فى الشعير ، والقُطْنِيّاتِ ، وسائرِ الحبوب .

٣١٦٧ (فصل) ويصفُ العسلَ بثلاثة أوصاف : البلدى . فيجىّ ، أو نحوه . ويجزىء ذلك عن النوع ، والزمان : ربيعىّ . أو خَرِيفىّ ، أو صَيْفِىّ ، واللون : أبيضُ ، أو أحمرُ ، وليس له إلا مُصَفًّى من الشَّمْعِ .

---

(١) الحشف : الجاف ، الذى لاماء فيه ولا حلاوة .

٣١٦٨ (فصل) ولا بدّ فى الحيوان كلّه من ذكر النوع ، والسّن ، والذكوريّة ، والأنوثيّـة ، ويذكر اللون ، إن كان النوعُ الواحدُ يختلف . ويُرْجَعُ فى سنّ الغلام إليه إن كان بالغاً : وإن كان صغيراً فالقولُ قولُ سيِّده ، وإن لم يُعلم رُجع فى قوله إلى أهـل الخبرة ، على ما يغلبُ على ظنونهم تقريباً . وإذا ذكر النوع فى الرقيق ، وكان مختلفاً مثلُ التركىّ : منهم الجِـكِلِىُّ والخَزَرِىّ ، فهل يحتاجُ إلى ذكره ، أو يكفى ذكرُ النوع ؟ يحتمل وجهين ، ولا يحتاج فى الجارية إلى ذكر البَكَارةِ ، والثُّيُوبَةِ ، ولا الجُعُودَةِ والسُّبُوطَةِ . لأنّ ذلك لا يختلفُ به الثمن اختلافاً بيّناً ، ومثـلُ ذلك لا يُراعَى ، كما فى صفات الحُسْن ، والمَلَاحة . فإن ذكر شيئاً من ذلك لزمه ، ويذكر الثُّيُوبَةَ والبَكَارَة . لأنَّ الثمنَ يختلفُ بذلك ، ويتعلّق به الغرضُ . ويذكر القـدّ : خُماسِىّ أو سداسىّ ، يعنى خمسَةَ أشبار ، أو سِتَّةَ أشبار . قال أحمد : يقول خماسىٌّ ، سُدَاسىّ أسودُ أبيضُ ، أعجمىّ ، أو فصيحٌ .

فأما الإبل فيضبطها بأربعة أوصاف . فيقول : من نَتاج بنى فُلانٍ . والسنّ : بنتُ مخاض ، أو بنتُ لَبُونٍ ، واللون : بيضاء ، أو حَمْراء ، أو وَرْقاء[1] . وذكر أو أنثى ، فإن كان نتاجٌ يختلفُ فيه ، مهْرِيّـة ، وَأَرْحَبِيّة ، فهل يحتاج إلى ضبط ذلك ؟ يحتملُ وجهين ، وما زاد على هذه الأوصاف لا يفتقر إلى ذكره ، وإن ذكر بعضه كان تأكيداً ولزمه ، وأوصافُ الخيل كأوصاف الإبل .

وأما البِغالُ والحميرُ فلا نِتاجَ لها ، فيُجْعلُ مكان ذلك نِسْبَتُها إلى بَلدِها .

وأما البقر ، والغنم ، فإن عُرِف لها نِتَاجٌ ، فهى كالإبل ، وإلاَّ فهى كالحُمُر . ولابدّ من ذكر النوع فى هذه الحيوانات ، فيقولُ فى الإبل : بُخْتيّـة ، أو عِرَابيّة ، وفى الخيل : عَرَبيّة أو هَجين ، أو بِرْذَوْن[2] ، وفى الغنم : ضأن أو مَعِز ، إلا الحُمرَ ، والبِغَالَ ، فلا نوع فيهما .

٣١٦٩ (فصل) ويذكر فى اللحم السِّنَّ والذكوريّة ، والأنوثيّـة ، والسِّمَن ، والهُزالَ ، وراعياً ، أو مَعْلوفاً ، ونوعَ الحيوان ، وموضعَ اللحم منه . ويزيد فى الذكر : فحلاً أو خَصِيًّا ، وإن كان من صيد لم يحتج إلى ذكر العلَف ، والخِصاء . ويذكر الآلة التى يُصادُ بها ، من جارحةٍ أو أُحْبُولَةٍ . وفى الجارحة يذكر : صيدَ فَهْدٍ ، أوْ كَلْب ، أوْ صَقْرٍ . فإنّ الأُحْبُولَةَ يؤخذُ الصيدُ منها سَليماً ، وصيدُ الـكَلْبِ خَيْرٌ من صَيْدِ الفهد ، لـكَوْنِ الـكَلْبِ أَطْيَبَ الحيوان نَـكْهَةً ، قيل : لـكونه مفتوحَ الفم فى أكثر الأوقات ، والصحيحُ إن شاء الله : أنّ هذا ليس بشرط . لأن التفاوُت فيه يسيرٌ ، ولا يكادُ الثمنُ يتباينُ باختلافه ، ولا يعرفهُ إلا القليلُ من الناس . وإذا لم يحتج فى الرقيق إلى ذكر البَكارَةِ والثُّيوبة ، والسِّمن،

(١) ورقاء : فى لونها سواد وبياض .

(٢) برذون ، مولد بين حصان وبغل .

والهزالِ ، وأشباهها مما يتباينُ بها الثمنُ ، وتختلف الرَّغباتُ بها ، ويعرفها الناسُ فهذا أولى . ويلزم قبولُ اللحم بعظامه ، لأنه هكذا يُقْطَعُ ، فهو كالنوى فى التمر ، وإن كان السَّلم فى لحم طَيْرٍ لم يحتج إلى ذكر الذكوريّة ، والأنوثيَّة ، إلاّ أن يختلف بذلك ، كلحم الدّجاج ، ولا إلى ذكر موضع اللحم ، إلا أن يكون كثيراً يأخذُ منه بعضَه . ولا يلزمه قبول الرأس والساقين . لأنه لا لحمَ عليهما .

وفى السمك يذكر النوع : بردىٌّ ، أو غيره ، والكِبر ، والصِّغر ، والسِّمن ، والهُزالَ . والطرىّ ، والملح ، ولا يقبل الرأس ، والذنب ، وله ما بينهما ، وإن كان كثيراً يأخذُ بعضَه ، ذَكَرَ مَوْضِعَ اللَّحْمِ مِنْهُ .

٣١٧٠ (فصل) ويُضبط السَّمنُ بالنوع ، من ضأنٍ ، أو مَعِزٍ ، أو بقرٍ ، واللونُ أبيضُ ، أو أصفرُ ، قال القاضى : ويذكر المَرْعَى ، ولا يحتاجُ إلى ذكر حديثٍ ، أو عتيقٍ ، لأنّ إطلاقه يقتضى الحديثَ ، ولا يصحّ السَّلَمُ فى عتيقه ، لأنه عيبٌ ، ولا ينتهى إلى حدّ يُضبط به ، ويصفُ الزُّبْدَ بأوصاف السَّمْنِ ، ويزيدُ : زُبْدَ يَوْمِه ، أَوْ أَمْسِه ، ولا يلزمُه قبول متغيّر فى السَّمن ، أو الزُّبد ولا رَقِيقٍ ، إلاّ أن تكون رقّته للحرّ ، ويصفُ اللبن بالنوع ، والمرعَى ، ولا يحتاج إلى اللون ، ولا حَلْبة يَوْمِه ، لأنّ إطلاقه يقتضى ذلك ، ولا يلزمه قبولُ مُتغيّر ، قال أحمد : ويصحّ السلم فى المَخِيضِ ، وقال الشافعىّ : لا يصحّ السَّلَمُ فيه ، لأنّ فيه ما ليس من مصلحته ، وهو الماء ، فصار المقصود مجهولاً .

ولنا : أن الماء يسيرٌ يُتْرَكُ لأجل المصلحة ، جرت العادةُ به . فلم يمنع صحّة السَّلَم فيه ، كالماء فى الشَّيْرج ، والمِلْح ، والأنفحَة فى الجُبنِ ، والماء فى خَلّ التمر ، ويصف الجُبْنَ بالنوع ، والمَرْعَى ، ورَطْبٌ أو يَابِسٌ ، ويصفُ اللِّبأ بصِفاتِ اللَّبنَ ، ويزيدُ اللَّوْنَ ، ويذكر الطَّبْخَ ، أو لَيْس بمَطْبُوخٍ .

٣١٧١ (فصل) وتضبط الثياب بستة أوصاف : النوع : كتّان ، أو قُطْن ، والبلد ، والطول ، والعرض ، والصَّفاقَة ، والرّقَّة ، والغِلَظ ، والدقّة ، والنُّعومَة ، والخُشُونَة . ولا يذكر الوَزْن . فإن ذكره لم يصحّ ، لتعذّر الجمع بين صفاته المُشْتَرطَة ، وكونه على وزن معلوم . فيكون فيه تغريرٌ ، لتعذّر اتفاقه ، وإن ذكر خاماً ، أو مَقْصوراً ، فله ما شرط ، وإن لم يذكره جاز . وله خامٌ . لأنّه الأصلُ . وإن ذكر مغسولاً ، أو لَبيساً لم يجُزْ ، لأن اللُّبس يختلف ، ولاَ يَنْضَبِطُ . فإن أسلم فى مَصْبُوغٍ ، وكان مما يُصْبَغُ غَزْلُهُ جاز . لأن ذلك من جملة صفات الثوب ، وإن كان مما يُصْبَغُ بعد نسجه لم يجُز . لأنّ صبْغ الثوب يمنعُ الوقوفَ على نُعومَتِه ، وخُشُونَتِه . ولأنّ الصَّبْغ غيرُ معلوم ، وإن أسلم فى ثوب مختلفِ الغُزول ، كقُطن ، وإبْرَيْسَم ، أو قُطْنٍ وَكتَّانٍ ، أو صُوفٍ ، وكانَتْ الغُزُول مَضْبُوطةً بأن يقول : السَّدَى إبْرَيْسَم ، واللُّحْمَة كتَّان ، أو نحوَه جاز . ولهذا جاز السَّلَم فى الخزّ . وهو من غَزْلَيْن مُختلِفَيْن ، وإن

أسلم فى ثوب مُوَشّى وكان الوَشْىُ من تمام نَسْجِه جاز . وإن كان زِيادةً لم يجُز . لأنّه لا يَنْضَبِطُ[1] .

٣١٧٢ (فصل) ويصف غزلَ القطن ، والكَتّان، بالبلد ، واللون ، والغِلَظ ، والدّقة ، والنُّعومةِ ، والخُشُونة ، ويصفُ القطن بذلك . ويجعلُ مكان الغِلَظ ، والدّقة الطولَ ، والقِصَر . وإن شرط فى القطن منزوعَ الحبّ جازَ . وإن أطلق كان له بحَبّه ، كالتمر بنواه . ويصفُ الإِبْرَيْسَم بالبلد ، واللون ، والغِلَظ، والدّقة . ويصفُ الصوف بالبلد ، واللون ، والطول ، والقِصَر ، والزمان : خريفيّ ، أو رَبيعيّ . لأنّ صوف الخريف أنْظَفُ . قال القاضى : ويصفُه بالذكوريّة ، والأنوثيّة . لأنّ صوف الإناثِ أنْعَمُ ، ويحتملُ أن لا يحتاج إلى هذه الصفة . لأن التفاوُتَ فى هذا يسيرٌ ، وعليه تسليمُه نقيًّا من الشّوْك ،والبعْرِ ، وإن لم يشترطه ، وإن شرطه جاز . وكان تأكيداً . والشعرُ والوبر ، كالصوف .

ويصحّ السلَمُ فى الكاغد[2] . لأنّه يمكن ضَبْطُه ، ويصفهُ بالطول ، والعرض ، والدقّة والغِلَظ ، واستواء الصنعة ، وما يختلفُ به الثمن .

٣١٧٣ (فصل) ويُضبط النُّحاسُ ، والرّصاص ، والحديد بالنوع . فيقولُ فى الرصاص : قَلْعى ، أو أُسْرُب ، والنُّعومَة ، والخُشونة ، واللون ، إن كان يختلف ، ويزيدُ فى الحديد ذَكَراً أو أُنثى . فإنّ الذكر أحدُّ وَأَمْضَى ، وإن أسلم فى الأوانى التى يمكن ضبط قَدْرِها ، وطولها ، وسُمْكها ، ودَوْرِها، كالأسْطَالِ[3] القائمةِ الحيطانِ ، والطُّسُوتِ جاز . ويضبطها بذلك كلّه ، وإن أسلم فى قِصَاعٍ ، وأقداحٍ من الخشب جاز ، ويذكر نوعَ خشبها ، من جوز ، أو تُوتٍ ، وقدرَها فى الصِّغَر ، والكِبَر ، والعُمْق ، والضِّيق ، والثّخانة ، والرّقة ، وأىّ عمل . وإن أسلم فى سَيْفٍ ضبطه بنوع حَديدِه ، وطوله ، وعَرْضِه ، ورقّته ، وغِلَظِه ، وبَلدِه ، وقَديم الطبع ، أو مُحْدَث ، ماضٍ ، أو غيره ، ويصف قَبْضَتَهُ ، وجَفْنَهُ[4] .

٣١٧٤ (فصل) والخشبُ على أضرُبٍ . منه ما يراد للبناء . فيذكر نوعه ، ويُبْسَهُ ، ورُطوبَته ، وطوله ، ودَوْره ، أو سُمْكه وعَرْضه . ويلزمه أن يدفع إليه من طَرَفِه ، إلى طَرَفِه ، بذلك العَرْضِ والدَّوْرِ . فإن كان أحدُ طرفيه أغلظَ ممّا وصفَ ، فقد زاده خَيْراً . وإن كان أدقّ لم يلزمه قبولُه . وإن ذكر الوزنَ ، أو سَمْحاً جاز ، وإن لم يذكره جاز . وله سَمْحٌ خالٍ من العُقَدِ . لأن ذلك عَيْبٌ ، وإن كان

---

(١) لعل عدم انضباطه كان فى زمن المؤلف أما الآن فيمكن ضبطه ، سواء كان من تمام نسجه أولا

(٢) الكاغد : الورق ، وهو معرب .

(٣) الأسطال جمع سطل : وهو مثل الكوز .

(٤) جفنه : غمده وقرابه الذى يحفظ فيه .

للقِسِىِّ ذكرَ هـذه الأوصاف ، وزاد سَهْلِياً ، أو جَبَلِياً ، أو خُوطاً[(١)] أو فِلْقَةً . فإن الجَبَلِىَّ أقوى من السَّهلِىّ ، والخُوطُ أقوى من الفِلْقَةِ . ويذكر فيها للوقود : الغِلْظَةَ ، واليُبسَ ، والرُّطُوبَةَ ، والوَزْنَ ، وَيذكر فيها للنصب : النوعَ ، والغِلَظ ، وسائرَ ما يحتاجُ إلى معرفته ، ويُخرجه من الجَهالة . وإن أسلم فى النُّشّاب[(٢)]، والنَّبْلِ ضبطه بنوع جنسه ، وطوله ، وقِصَره ، ودقّته ، وغِلَظه ، ولونه ، ونَصْلِهِ وريشِه .

٣١٧٥ (فصل) والحجارةُ منها ما هو للأرْحِيَةِ[(٣)] ، فيضبطُها بالدَّوْرِ ، والثَّخانةِ ، والبَـلَدِ ، والنوع ، إن كان يختلفُ ، ومنها ما هو للبناء . فيذكر النوع ، واللون ، والقَدْرَ ، والوَزْنَ ، ويذكر فى حجارة الآنية : اللونَ ، والنوع ، والقَدْرَ ، واللِّينَ ، والوَزْنَ . ويصفُ البلّور بأوصافه . ويصفُ الآجُرّ ، واللَّبِنَ بموضع التُّرْبَةِ ، واللَّوْنِ ، والدَّوْرِ ، والثَّخانَةِ ، وإن أسلم فى الجص والنُّورَةِ ذكر اللّوْنَ ، والوَزْنَ . ولاَ يقبَلُ ما أصابه الماء فَجفّ ، ولا ما قدُم قِدَماً يؤثّر فيه . ويُضبط الترابُ بمثل ذلك ، ويَقْبلُ الطّين الذى قد جَفّ إن كان لا يتأثّر بذلك .

٣١٧٦ (فصل) ويضبط العَنْبرُ بلونه ، والبلد . وإن شرط قِطْعةً ، أو قِطْعَتَيْنِ جاز . وإن لم يشترط فله أن يُعطيه صغاراً ، أو كباراً ، وقد قيل : إن العنبر نباتٌ يَخلقُه الله تعالى فى جَنَبات البَحْرِ . ويُضْبَطُ العود الهندىّ ببلده ، وما يُعرف به . ويُضْبَطُ المُصْطَـكَى ، واللّبانُ ، والغِرَاء العرَبِىّ ، وصَمْغُ الشّجر ، والمِسْكُ وَسائرُ ما يجوزُ السَّلَمْ فِيه بما يَخْتلِفُ به .

٣١٧٧ « مسألة » قال ﴿ إذا كان بكيل معلوم ، أو وزن معلوم ، أو عدد معلوم ﴾

هذا الشرط الثالث . وهو معرفة مقدار المُسْلَم فيه بالكيل ، إن كان مكيلاً . وبالوزن إن كان موزوناً ، وبالعدد إن كان معدوداً . لقول النبىّ صَلّى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَفَ فِى شَىْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِى كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » ولأنّه عِوَضٌ غـيرُ مُشاهَدٍ يثبتُ فى الذمّة . فاشتُرط معرفةُ قدره ، كالثمن ، ولاَ نعلم فى اعتبار معرفة المقدار خلافاً . ويجبُ أن يقدّره بمكيال ، أو أرْطَالٍ معلومةٍ عند العامّة . فإن قدره بإناءٍ معلومٍ ، أو صَنْجَـةٍ مُعَيَّنة غير معلومةٍ لم يصحّ . لأنّه يَهْـلِكُ فيتعذّر معرفةُ قدر المُسْلَم فيه . وهذا غَرَرٌ لا يحتاجُ إليه العقدُ . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظُ عنه من أهل العلم على أنّ السلم فى الطعام لا يجوزُ بقفيزٍ لا يُعْلَمُ عيارُهُ ، ولا فى ثوب بذَرْع فُلاَن . لأنّ المعيارَ لو تلِف ، أو مات فلانٌ بطَلَ السَّلَمُ . منهم الثورىّ ، والشافعىُّ ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ،

(١) الخوط : الغصن الناعم الذى مر عليه سنة والفلقة قوس تتخذ من نصف عود .

(٢) النشاب هو النبل فهو من عطف المرادف .

(٣) الأرحية جمع رحى ، وهى التى تطحن بها الحبوب أو تجرش .

وأبو ثور . وإن عيَّن مكيالَ رَجُلٍ ، أو ميزانَه ، وكانا مَعروفين عند العامَّة جاز . ولم يختصّ بهما .
وإن لم يُعرفا لم يجُز .

٣١٧٨ (فصل) وإن أسلم فيما يُكالُ وَزنًا ، أو يُوزَنُ كيلاً . فنقل الأثرمُ . أنّه سأل أحمدَ عن السَّلم في التمر وَزنًا ؟ فقال : لاَ ، إلاّ كيلاً . قلت : إن الناس ها هنا لا يعرفون الـكيل . قال : وإن كانوا لا يعرفون الـكَيْلَ ، فيحتمِلُ هذا أنّه لا يجُوزُ في المـكيلِ إلا كَيْلاً ، ولا في الموزون إلا وَزنًا . وهكذا ذكره القاضى ، وابن أبى موسى . لأنه مَبيعٌ يُشترط معرفةُ قدره ، فلم يجُز بغير ما هُو مقدّر به الأصـل ، كبيع الرِّبَويّات بعضِها ببَعْض . ولأنه قدَّر المُسْلَم بغير ما هو مُقَدَّر به فى الأصل فلم يجُز ، كما لو أسلم فى المذروع وَزنًا . ونقل المروزىّ عن أحمد : أنّه يجوزُ السلَم فى اللَّبَنِ إذا كان كَيْلاً ، أو وَزنًا . وهذا يدلّ على إباحة السلم فى المَـكيلِ وَزنًا ، وفى الموزونِ كَيلاً . لأن اللّبنَ لا يخلو من كونه مكيلا ، أو موزونًا . وقد أجاز السَّلَم فيه بكلّ واحدٍ منهما . وهذا قولُ الشافعىّ ، وابن المنذر . وقال مالك : ذلك جائزٌ إذا كان الناسُ يتبايعون التمر وَزنًا . وهذا أصحُّ إن شاء الله تعالى . لأنّ الغرض معرفةُ قَدْرِه وخروجه من الجَهالة ، وإمكان تسليمه من غير تَنازُع . فبأىّ قدر قدّر جاز . ويُفارق بيع الرِّبَويّات . فإنّ التماثُل فيها فى المـكيل كيلاً . وفى الموزون وزنًا شرطٌ ، ولا نعلم هذا الشرطَ إذا قدّرها بغير مقدارها الأصلىّ .

إذا ثبت هذا فإنّ الحبوب كلَّها مكيلةٌ ، وكذلك التمرُ وَالزبيبُ وَالفُستُق ، والبُندقُ والمِلْحُ .
قال القاضى : وكذلك الأدْهَانُ . وقال : السّمن ، واللبن ، والزُّبد : يجوزُ السَّلَمُ فيها كيلاً ووزنًا .
ولا يُسلم فى اللِّبإ[1] إلاّ وَزنًا . لأنّه يَجْمُدَ عَقِيبَ حَلْبِهِ فلا يَتحقّق الـكَيْلُ فيه .

٣١٧٩ (فصل) فإن كان المُسلَم فيه ممّا لا يُمـكن وزنُه بالميزان لِثقلِه ، كالأَرْحِيَةِ والحِجَارة الـكبار : يُوزَنُ بالسفينة ، فتترك السفينةُ فى الماء ، ثم يُترَكُ ذلك فيها ، فينظَرُ إلى أىّ موضعَ تغُوصُ فَيعْلَمُه ، ثم يُرْفَعُ ، ويُترَكُ مكانَهُ رَمْلٌ ، أوحِجَارَةٌ صِغارٌ إلى أن يبلغ الماء الموضعَ الذى كان بلغه ، ثم يُوزَنُ بميزانٍ . فما بلغ فهو زِنَةُ ذلك الشىء الذى أريدَ مَعْرِفَةُ وَزْنه[2] .

٣١٨٠ (فصل) ولا بدّ من تقديرِ المَذْروع بالذَّرْعِ ، بغير خلافٍ نعلمُه ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السَّلَم جائز فى الثِّيابِ بذَرْعٍ معلوم .

---

(١) اللبأ : أول اللبن الذى ينزل بعد الولادة .
(٢) لم يكن فى عصر المؤلف موازين كبيرة كالموجودة الآن ولذلك كانوا يلجئون إلى السفينة ، وهى طريقة عظيمة بالنسبة إلى أيامهم .

٣١٨١ (فصل) وما عدا المكيل، والموزون، والحيوان، والمذروع، فعلى ضربين: معدودٍ وغيره. فالمعدودُ نوعان:

أحدُهما: لا يتبايَنُ كثيراً، كالجوز، والبيض، ونحوهما. فيُسْلَمُ فيه عدداً. وهو قول أبى حنيفة، والأوزاعىّ. وقال الشافعىّ: يُسْلَم فيهما كيلاً، أو وَزْناً. ولا يجوزُ عدداً. لأنّ ذلك يتبايَنُ، ويختلف. فلم يجُز عدداً كالبِطّيخ.

ولنا: أن التفاوت يسير، ويذهبُ ذلك باشتراط الكِبَر، أو الصِّغَر، أو الوَسْط. فيذهَبُ التفاوُت. وإن بقى شىء يسيرٌ عُفِىَ عنه، كسائر التفاوُت فى المكيل، والموزون المعفوّ عنه. ويُفارق البِطّيخ. فإنّه ليس بمعدود، والتفاوُت فيه كثير لا ينضبط.

النوع الثانى: مايتفاوت كالرمّان، والسفرْجَلِ، والقِثّاء، والخيار، فهذا حكمه حكمُ ماليس بمعدود من البطّيخ، والبُقُول. ففيه وجهان:

أحدهما: يُسْلِمُ فيه عدداً، ويضبِطُه بالصِّغَر، والكِبَر. لأنهُ يباع هكذا.

الثانى: لا يُسلِمُ فيه إلا وَزْناً. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعىّ. لأنه لا يمكن تقديره بالعدد، لأنّه يختلف كثيراً، ويتبايَنُ جدّاً، ولا بالكيل لأنه يتَجافَى فى المِكيال، ولا يُمكن تقديرُ البُقول بالحزْمِ. لأنه يختلف، ويمكن حَزْمُ الكبيرة، والصّغيرة، فلم يُمكن تقديرُه بغير الوزن فتعيّن تقديرُه به.

٣١٨٢ «مسألة» قال ﴿إلى أجل معلوم بالأهلّة﴾

وهذا الشرط الرابع. وهو أن يكون مؤجّلاً، أجَلاً معلوماً. وفى هذه المسألة فصول ثلاثة:

أحدها: أنه يُشترط لصحة السلم كونهُ مؤَجّلاً. ولا يصحّ السَلَمُ الحالّ. قال أحمد فى رواية المروزىّ: لا يصح حتّى يَشترط الأجَلَ وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والأوزاعىّ. وقال الشافعىّ، وأبو ثور، وابنُ المنذر: يجوزُ السَلَم حالاً. لأنّه عقدٌ يصحّ مُؤَجّلاً. فصحّ حالاً، كبيوُع الأعيان، ولأنّه إذا جاز مُؤَجّلاً فحالاً أجْوَزُ، ومِنَ الغرر أبعدُ.

ولنا: قول النبىّ صلّى الله عليه وسلّم «مَنْ أَسْلَفَ فِى شَىْء فَلْيُسْلِفْ فِى كَيْلٍ مَعْلُومٍ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ» فأمر بالأجل. وأمره يقتضى الوجوب. ولأنه أمر بهذه الأمور تبييناً لشروط السَّلَم، ومنعاً منه بدُونها. وكذلك لا يصحّ إذا انتفى الكيلُ، والوزنُ. فكذلك الأجلُ، ولأنّ السَلَم إنّما جاز رُخْصةً للرِّفْق، ولايحصُل الرفقُ إلاّ بالأجَلِ. فإذا انتفى الأجلُ انتفى الرفقُ. فلا يصح كالكتابة، ولأنّ الحلول يُخرجه عن اسمه، ومعناه. أما الاسمُ فلأنّه يُسمّى سَلَماً وسَلَفاً، لتعجُّلِ أحَدِ العِوَضَيْنِ وتأخُّرِ الآخِرِ. ومعناه ما ذكرناه فى أول الباب، من أن الشارع أرْخَصَ فيه للحاجة الداعية

إليه ، ومع حضور ما يبيعُه حالاً لا حَاجَةَ إلى السَّلَم . فلا يثبُت . ويُفارق تنوُّعَ الأعيان . فإنّها لم تثبُت على خلاف الأصل لمعنًى يختصّ بالتأجيل . وما ذكروه من التنبيه غيرُ صحيح . لأن ذلك إنما يُجزىء فيما إذا كان المعنى المقتضى موجوداً فى الفرع ، بصفة التأكيد . وليس كذلك ههنا . فإن البُعد من الضرر ليس هو المقتضى لصحّة السلَم المؤجّل . وإنما المصحّح له شىء آخرُ . لم نذكر اجتماعهما فيه . وقد بيّنا افتراقهما .

إذا ثبت هذا : فإنّه إن باعه ما يصحّ السلم فيه حالاً فى الذمّة صحّ . ومعناه معنى السلم . وإنما افترقا فى اللفظ .

الفصل الثانى : أنّه لا بدّ من كون الأجل معلوماً . لقوله تعالى (٢ : ٢٨٢ إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى) وقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » ولا نعلم فى اشتراط العلم فى الجملة اختلافاً . فأمّا كيفيتهُ : فإنّه يحتاج أن يعلمه بزمانٍ بعينه ، لا يختلفُ . ولا يصحُّ أن يؤجّله بالحصاد ، والجزاز وما أشبهه . وكذلك قال ابن عبّاس ، وأبو حنيفة ، والشافعىّ ، وابن المنذر . وعن أحمد روايةٌ أخرى ، أنّه قال : أرجو أن لا يكون به بأس . وبه قال مالك ، وأبو ثور . وعن ابن عمر « أَنَّهُ كَانَ يَبْتَاعُ إِلَى العَطَاءِ » وبه قال ابنُ أبى ليلى . وقال أحمدُ : إن كان شىء يُعْرَف ، فأرجو ، وكذلك إن قال : إلى قدُوم الغُزَاةِ ، وهذا محمول على أنه أراد وَقْتَ العطاء . لأنّ ذلك معلومٌ . فأمّا نفسُ العطاء فهو فى نفسه مجهولٌ يختلف ، ويتقدّم ، ويتأخر . ويحتملُ أنه أراد نفس العطاء ، لكونه يتفاوتُ أيضاً ، فأشبه الحصَاد . واحتجّ من أجاز ذلك : بأنه أجلٌ يتعلّق بوقتٍ من الزمن ، يُعرفُ فى العادة ، لا يتفاوتُ فيه تفاوتا كثيراً . فأشبه إذا قال : إلى رأس السنة .

ولنا : ما رُوى عن ابن عباس أنّه قال « لاَ تَتَبَايَعُوا إِلَى الحَصَادِ ، والدِّيَاسِ ولاَ تَتَبَايَعُوا إِلاَّ إِلَى شَهْرٍ مَعْلُومٍ » ولأن ذلك يختلف ، ويقرُب ويبْعُد . فلا يجوزُ أن يكون أجلاً كقدوم زيد .

فإن قيل : فقد رُوى عن عائشة أنها قالت « إِنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ إِلَى يَهُودِىٍّ : أَنِ ابْعَثْ إِلَىَّ بِثَوْبَيْنِ إِلَى المَيْسَرَةِ » .

قلنا : قال ابن المنذر : رواه حِرْمِىّ بنُ عُمَارَةَ ، قال أحمدُ : فيه غَفْلَةٌ ، وهو صَدُوقٌ ، قال ابن المنذر : فأخافُ أن يكون من غَفَلَاتِهِ ، إذ لم يُتابَعْ عليه ، ثمّ لا خلاف فى أنه لو جعل الأجلَ إلى الميسرة لم يصحّ .

٣١٨٣ (فصل) إذا جعل الأجل إلى شهر تعلّق بأوّله . وإن جعل الأجلَ اسماً يتناوَلُ شيئين ، كجُمادَى ، وربيع ، ويوم النَّفْرِ تعلّق بأولها . وإن قال : إلى ثلاثة أشهُر كان إلى انقضائها . لأنّه إذا

ذكر ثلاثة أشهر مُبْهَمةٍ وجب أن يكون ابتداؤها من حين لَفْظِه بها . وكذلك لو قال . إلى شهر كان إلى[1] آخره . وينصرف ذلك إلى الأشهر الهلالية ، بدليل قوله تعالى (٩ : ٣٦ إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّموَاتِ وَالْأَرْضَ ، مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ) وأراد الهلالية . وإن كان فى أثناء شهرٍ كمّلنا شهرين بالهلال ، وشهراً بالعدد ثلاثين يوماً . وقيل : تكون الثلاثة كلُّها عدديّة . وقد ذكرنا هذا فى غير هذا الموضع . وإن قال : محلّه شهر كذا ، أو يومُ كذا . صحّ ، وتعلّق بأوله . وقيل : لا يصحّ . لأنه جعل ذلك ظرفاً فيحتملُ أوّله وآخرَه . والصحيحُ الأوّل . فإنه لو قال لامرأته : أنتِ طالقٌ فى شهر كذا تعلّق بأوّله . وهو نظيرُ مسألتنا .

فإن قيل : الطلاقُ يتعلّق بالأخطارِ ، والأغرارِ ، ويجوزُ تعليقُه على مجهول ، كنزول المطر ، وقدوم زيد ، بخلاف مسألتنا .

قلنا : إلاّ أنه إذا جعل محلّه فى شهرٍ تعلّق بأوله . فلا يكو مجهولاً ، وكذا السلَمُ .

٣١٨٤ (فصل) ومن شَرْطِ الأجلِ : أن يكون مُدَّةً لها وقعٌ فى الثمن ، كالشهر ، وما قاربه ، وقال أصحاب أبى حنيفة . لو قدّره بنصف يومٍ جاز . وقدّره بعضهم بثلاثة أيّام ، وهو قول الأوزاعىّ . لأنها مدّة يجوز فيها خِيَارُ الشرط . ولأنّها آخرُ حدّ القِلّة . ويتعلّق بها عندهم إباحةُ رُخَصِ السفر . وقال الآخرون : إنّما اعتبر التأجيلُ . لأنّ المسلَم فيه معدومٌ فى الأصل ، لكون السلم إنما ثبت رُخْصَةً فى حقّ المفاليس . فلا بدّ من الأجلِ ليُحَصِّل ، ويُسَلِّم . وهذا يتحقّق بأقلّ مُدّة يُتصوّر تحصيلُه فيها .

ولنا : أن الأجل إنما اعتُبر ليتحقّق المَرْفِق الذى شُرِعَ من أجله السَّلَم ، ولا يحصُل ذلك بالمدّة التى لا وَقْعَ لها فى الثمن . ولا يصحّ اعتبارُه بمدّة الخيار . لأن الخيار يجوزُ ساعةً ، وهذا لا يجوزُ . والأجلُ يجوزُ أن يكون أعواماً . وهم لا يجيزون الخيارَ أكثرَ من ثلاثٍ . وكونُها آخرَ حدّ القِلّة لا يقتضى التقديرَ بها . وقولهم : إن المقصود يحصُل بأقلّ مدّة : غيرُ صحيح . فإن السَّلَم إنّما يكون لحاجةِ المفاليس الذين لهم ثِمَارٌ ، أو زُرُوعٌ ، أو تِجارَاتٌ ينتظرونَ حُصُولَهَا ، ولا تحصُل هذه فى المدّة اليسيرة .

الفصل الثالث : فى كون الأجل معلوماً بالأهِلّة . وهو أن يُسلِم إلى وقت يُعْلَمُ بالهلال ، نحوُ أول الشهر ، أو أوسطهُ ، أو آخره ، أو يومٍ معلومٍ منه . لقول الله تعالى (٢ : ١٨٩ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ) ولا خِلافَ فى صحّة التأجيل بذلك . ولو أسلم إلى عيد الفطر ، أو النحْر ، أو يومِ عرفةَ ، أو عاشوراء أو نحوها جاز . لأنه معلومٌ بالأهِلّة . وإن جعل الأجل مُقدّراً بغير الشهور الهلاليّة فذلك قسمان :

(١) لفظ إلى ساقط من النسخة التى علقنا عليها ولم ينبه عليها فى الخطأ والصواب .

أحدها : مايعرفه المسلمون. وهو بينهم مشهورٌ، ككانون ، وشباط ، أو عيد لا يختلف ، كالنيروز[١] والمهرجان ، عند من يعرفهما . فظاهرُ كلام الخرقيّ وابن أبى موسى : أنه لا يصحّ . لأنه أسلم إلى غير الشهور الهلالية . أشبه إذا أسلم إلى الشعانين ، وعيد الفطير . ولأنّ هذه لا يعرفها كثيرٌ من المسلمين . أشبه ما ذكرنا ، وقال القاضى : يصحّ ، وهو قول الأوزاعىّ ، والشافعىّ . قال الأوزاعىّ : إذا أسلم إلى فصح النصارى وصومهم جاز . لأنه معلوم لا يختلفُ . أشبه أعياد المسلمين ، وفارق ما يختلف . فإنّه لا يعلمه المسلمون .

القسم الثانى : ما لا يعرفه المسلمون ، كعيد الشعانين ، وعيد الفطير ، ونحوها . فهذا لا يجوز السَّلَمُ إليه . لأن المسلمين لا يعرفونه ، ولا يجوز تقليدُ أهل الذمّة فيه . لأن قولهم غيرُ مقبول . ولأنّهم يقدّمونه ، ويؤخّرونه على حسابٍ لهم ، لا يعرفه المسلمون . وإن أسلم إلى ما لا يختلفُ ، مثل كانون الأوّل ، ولا يعرفه المتعاقدان أو أحدهما لم يصحّ . لأنهّ مجهول عنده[٢] .

« مسألة » قال ﴿ موجوداً عند محلّه ﴾

هذا الشرطُ الخامس . وهو كون المُسلَم فيه عامَّ الوجود فى محلّه . ولا نعلمُ فيه خلافاً . وذلك لأنّه إذا كان كذلك أمكن تسليمُه عند وجوب تسليمه . وإذا لم يكن عامّ الوجود لم يكن موجوداً عند المَحِلّ بحُكم الظاهر . فلم يُمكن تسليمه . فلم يصحّ بيعُه ، كبيع الآبق ، بل أولى . فإن السلم احتمل فيه أنواعٌ من الغرر للحاجة ، فلا يحتمل فيه غررٌ آخرُ، لئلا يكثُر الغررُ فيه . فلا يجوز أن يُسلم فى العنب ، والرُّطبِ ، إلى شباطٍ ، أو آذار ، ولا إلى محلّ لا يُعلم وجوده فيه ، كزمان أوّل العنب ، أو آخره ، الذى لا يوجدُ فيه إلا نادراً . فلا يُؤمن انقطاعُه .

٣١٨٥ (فصل) ولا يجوز أن يُسلم فى ثمرةِ بستان بعَيْنه ، ولا قريةٍ صغيرةٍ ، لكونه لا يُؤمن تلفُه ، وانقطاعُه . قال ابن المنذر : إبطالُ السلم إذا أسلم فى ثمرةِ بستان بعينه كالإجماع من أهل العلم . وممّن حفظنا عنه ذلك : الثورىّ ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىُّ وأصحاب الرأى ، وإسحاق . قال : وروينا عن النبيّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم « أَنَّهُ أَسْلَفَ إِلَيْهِ رَجُلٌ مِنَ الْيَهُودِ دَنَانِيرَ فِي تَمْرٍ مُسَمًّى . فقال الْيَهُودِيُّ : مِنْ تَمْرِ حَائِطِ بَنِي فُلاَنٍ . فقال النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : أَمَّا مِنْ حَائِطِ بَنِي فُلاَنٍ فَلا. وَلَكِنْ كَيْلٌ مُسَمًّى إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى » رواه ابن ماجه وغيرُه . ورواه أبو إسحاق الجوزجانىُّ فى المترجم ، وقال : أجمع

---

(١) النيروز : أول يوم فى السنة ، والمهرجان يوم احتفال عند الفرس معروف .

(٢) المدار على أن يكون الموعد معلوما ، كما ورد فى الحديث (إلى أجل معلوم) وتحديد المؤلف المعلوم وغير المعلوم بحسب أيامه ، أما الآن فأصبحت كل هذه المجهولات معلومة . فيصح السلم بها .

الناسُ على الكراهة لهذا البيع . ولأنه إذا أسلم فى ثمرة بُستان بعينه لم يُؤمَن انقطاعُه ، وتلَفُه . فلم يصحّ ، كما لو أسلم فى شىء قدَّره بمكيالٍ مُعيّن ، أو صَنْجَةٍ مُعيَّنةٍ ، أو أحضر خِرْقةً وقال : أسلمتُ إليك فى مثل هذه .

٣١٨٦ (فصل) ولا يُشترط كون المُسلَمِ فيه موجوداً حال السلم ، بل يجوزُ أن يُسلم فى الرُّطب فى أوان الشتاء ، وفى كلِّ يومٍ مَعْدُومٍ إذا كان موجوداً فى المَحلِّ . وهذا قول مالك ، والشافعىِّ وإسحاق وابن المنذر ، وقال الثورىُّ ، والأوزاعىُّ ، وأصحابُ الرأى : لا يجوزُ ، حتى يكون جنسُه مَوجود حالَ العقد إلى حين المَحلِّ . لأنَّ كلَّ زمن يجوز أن يكون مَحلاً للمُسلَم فيه لموت المُسلَمِ إليه . فاعتبر وجودُه فيه كالمحلِّ .

ولنا : أن النبيَّ صلَّى الله عليه وسلم « قَدِمَ المَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِى الثِّمَارِ السَّنَةَ والسَّنَتَيْنِ ، فَقَالَ : مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِى كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ أَجَلٍ مَعْلُومٍ » ولم يذكر الوجودَ . ولو كان شرطاً لذكره ، ولنهاهم عن السلف سنتين . لأنّه يلزم منه انقطاعُ المُسلَم فيه ، أوْسَطَ السّنة . ولأنه يثبُت فى الذمّة ، ويوجَدُ فى محِلّه غالباً . فجاز السلمُ فيه ، كالموجود . ولا نُسلّم أن الدّين يُحلُّ بالموت . وإن سلّمنا فلا يلزمُ أن يشترط ذلك الوجود ، إذ لو لزم أفضى إلى أن تكون آجالُ السلم مجهولةً . والمحلُّ ما جعله المتعاقدان مَحلاً . وههنا لم يَجْعلاهُ .

٣١٨٧ (فصل) إذا تعذّر تسليم المسلَمِ فيه عند المَحلّ إما لغيبة المُسلَمِ إليه ، أو عجزه عن التسليم ، حتى عُدِم المسَلَمُ فيه ، أو لم تحْمِلِ الثمارُ تلك السنة . فالمسلِم بالخيار بين أن يَصبِرَ إلى أن يوجَد ، فيطالبَ به ، وبين أن يَفسخَ العقد ، ويرْجِع بالثمن إن كان موجوداً أو بمثله إن كان مِثليّاً ، وإلاّ قيمتِه . وبه قال الشافعىّ ، وإسحق ، وابن المنذر ، وفيه وجهٌ آخرُ : أنّه ينفسخُ العقدُ بنفس التعذّر . لكون المُسلَم فيه من ثمرة العام بدليل وجوب التسليم منها ، فإذا هلكت انفسخ العقدُ ، كما لو باعه قفيزاً من صُبْرةٍ فهلكت والأولّ الصحيح . فإن العقد قد صحّ . وإنما تعذّر التسليمُ ، فهو كما لو اشترى عبداً ، فأبق قبل القبض، ولا يصحُّ دعوى التعيين فى هذا العام . فإنّهما لو تراضيا على دفع المسلَمِ فيه من غيرها جاز . وإنما أُجبر على دفعه من ثمرةِ العام ، لتمكينه من دفع ماهو بصفة حَقِّه ، ولذلك يجبُ عليه الدفعُ من ثمرة نفسه ، إذا وجدها ولم يجد غيرها . وليستَ متعيّنةً ، وإن تعذّر البعضُ فللمشترى الخيارُ بين الفسخ فى الكل والرجوع بالثمن ، وبين أن يصبر إلى حين الامكان ، ويُطالِبَ بحقّه . فإن أحبّ الفسخَ فى المفقود دون الموجود فله ذلك . لأن الفساد طرأ بعد صحّة العقد . فلا يوجِب الفسادَ فى الكلّ . كما لو باعهُ صبْرَتَيْنْ فتلفتْ إحداها . وفيه وجه آخرُ : ليس له الفسخُ إلاّ فى الكلّ أو يصبرَ على ما ذكرنا من الخلاف فى

الإقالة فى بعض السلم فيه . وإن قلنا : إن الفسخَ يثبُت بنفس التعذُّر انفسخ فى المفقود دون الموجود ، لما ذكرنا من أنّ الفساد الطارىء على بعض المعقود عليه لا يوجبُ فسادَ الجميع . ويثبُت للمشترى خيارُ الفسخ فى الموجود ، كما ذكرنا فى الوجه الأول .

٣١٨٨ (فصل) إذا أسلم نصرانىّ إلى نصرانىّ فى خمرٍ ثم أسلم أحدُهما . فقال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المُسلم يأخذ دراهمه . كذلك قال الثورىّ ، وأحمدُ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وبه نقول . لأنّه إن كان المسلمُ المسلِمَ ، فليس له استيفاء الخمر : فقد تعذّر استيفاء المعقود عليه . وإن كان المُسلَم إليه فقد تعذّر عليه إيفاؤها . فصار الأمرُ إلى رأس ماله .

٣١٨٩ « مسألة » قال ﴿ ويقبض الثمن كاملاً وقت السلم قبل التفرّق ﴾ .

هذا الشرط السادس : وهو أن يقبض رأس مال السلم : فى مجلس العقد . فإن تفرّقا قبل ذلك بطل العقدُ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وقال مالك : يجوز أن يتأخّر قبضُه يومين ، وثلاثةً وأكثرَ ، مالم يكن ذلك شرطا . لأنّه معاوضةٌ لا يخرُج بتأخير قبضه من أن يكون سَلماً . فأشبه مالو تأخّر إلى آخرِ المجلس .

ولنا : أنه عقدُ مُعاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المُطلق . فلا يجوز التفرّق فيه قبل القبض ، كالصرف . ويُفارق المجلسَ ما بعده ، بدليل الصرف . وإن قبض بعضه ثم تفرّقا . فكلامُ الخِرَقىّ : يقتضى أن لا يصحّ . لقوله « كاملاً » وحُكى ذلك عن ابن شُبْرُمةَ ، والثورىّ . وقال أبو الخطّاب : هل يصحّ فى غير المقبوض ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة . وهذا الذى يقتضيه مذهبُ الشافعىّ . وقد نصّ أحمدُ فى رواية ابن منصور : إذا أسلم ثلاثمائة درهم فى أصنافٍ شتىّ : مائة فى حنطةٍ ، ومائةً فى شعير ، ومائةً فى شىء آخرَ . فخرج فيها زُيوفٌ : رُدَّ على الأصناف الثلاثة على كلّ صِنْفٍ بقدر ما وُجد من الزُّيوف فصحّ العقدُ فى الباق ، بحصّته من الثمن ، وقال الشريف أبو جعفر ، فيمن أسلم ألفاً إلى رجُلٍ فقبضه نصفَه ، وأحاله بنصفه ، أو كان له دَيْنٌ على المُسلَم إليه بقدر نصفه ، فحَسَبه عليه من الألف ، فإنّه يصحّ السلم فى النّصف المقبوض ، ويبطُل فى الباق . فأبطل السَلم فيما لم يُقبض ، وصححه فيما قُبض . وحُكى عن أبى حنيفة أنّه قال : يَبْطُل فى الحَوالة فِى الكلّ . وفى المسألة الأخرى : يبطل فيما لم يُقبَض . ويصحُّ فيما قُبِضَ بِقِسْطِهِ ، بناء على تفريق الصفقة .

٣١٩٠ (فصل)وإن قبض الثمن ، فوجده رديئاً ، فردَّه ، والثمنُ مُعينٌ بطل العقدُ بردِّه . ويبتدئان عقداً آخر إن أحبَّا . وإن كان فى الذمّة فله إبدالهُ فى المجلس ، ولا يبطُل العقد بردِّه لأن العقد إنما وقع على

ثمن سليم . فإذا دفع إليه ماليس بسليم كان له المطالبةُ بالسليم . ولا يؤثِّر قبضُ المعيب في العقد . وإن تفرَّقا ، ثم علم عَيْبه ، فردَّه ، ففيه وجهان :

أحدهما : يبطُل العقدُ بردِّه ، لوقوع القبض بعد التفرُّق . ولا يجوز ذلك في السَّلَم .

والثاني : لا يبطُل . لأنَّ القبض الأوَّل كان صحيحاً بدليل مالو أمسكه ، ولم يردَّه . وهذا يدلّ على المقبوض ، وهذا قول أبي يوسف ، ومحمد . وهو أحدُ قولي الشافعيّ . واختيار المُزَنيّ . لكن من شرطه : أن يقبض البدل في مجلس الردِّ . فإن تفرَّقا عن مجلس الردِّ قبل قبض البدل لم يصحّ ، وجهاً واحداً ، لخلوّ العقد عن قبض الثمن بعد تفرُّقهما ، وإن وَجَدَ بعضَ الثمن رديئاً فردَّه ففي المردود التفصيلُ الذي ذكرناه ، وهل يصحُّ في غير الرديء إذا قلنا بفساده في الرديء ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة .

٣١٩١ (فصل) وإن خرجت الدراهمُ مستَحَقَّةً والثمنُ مُعَيَّن ، لم يصحَّ العقدُ . قال أحمد : إذا خرجت الدراهمُ مسروقةً ، فليس بينهما بيعٌ . وذلك لأنَّ الثمن إذا كان مُعيَّناً فقد اشترى بِعَيْنِ مال غيره ، بغير إذنه ، وإن كان غير مُعَيَّن فله المطالبةُ ببدله ، في المجلس ، وإن قبضَه ، ثم تفرَّقا ، بطَل العقدُ . لأن المقبوض لا يصلُحُ عِوَضاً ، فقد تفرَّقا قبل أخذ الثمن ، إلاَّ على الرواية التي تقولُ : بصحَّة تصرّف الفُضُوليّ . وإن وجد بعضَه مستَحقاً . بطلَ في ذلك البعض ، وفي الباقي وجهان ، بناء على تفريق الصفقة .

٣١٩٢ (فصل) إذا كان له في ذمَّة رجل دينارٌ ، فجعله سَلَماً في طعام إلى أجل لم يصحّ ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا كلُّ من أحفظُ عنه من أهل العلم . منهم مالك ، والأوزاعيُّ ، والثوريُّ ، وأحمدُ ، وإسحاق ، وأصحابُ الرأي ، والشافعيُّ ، وعن ابن عمر أنّه قال : لا يصحّ ذلك . وذلك لأن المُسْلَم فيه دَيْنٌ . فإذا جعل الثمن ديناً كان بيع دَيْن بدَيْنٍ . ولا يصحّ ذلك بالإجماع ، ولو قال : أسلمتُ إليك مائةَ درهم في كُرّ[1] طَعَامٍ ، وشرطا أن يُعَجِّل له منها خمسين ، وخمسينَ إلى أجلٍ . لم يصحّ العقدُ في الكلّ على قول الخِرَقيّ ، ويخرّج في صحّته في قدر المقبوض وجهان ، بناء على تفريق الصفقة .

أحدهما : يصحّ . وهو قول أبي حنيفة .

والثاني : لا يصحّ . وهو قول الشافعيّ : وهو أصحّ . لأن للمعجّل فضلاً على المؤجّل . فيقتضي أن يكون في مقابلته أكثرُ مما في مقابلة المؤجّل . والزيادةُ مجهولة ، فلا يصحّ .

٣١٩٣ « مسألة » قال ﴿ ومتى عدم شيء من هذه الأوصاف بطل ﴾ .

وجملة ذلك : أن هذه الأوصاف الستّة التي ذكراها لا يصحّ السَّلَمُ إلا بها ، وقد دلّلنا على ذلك . واختلفت الروايةُ في شرطين آخرَين .

(١) الكر : أربعون أردبا .

أحدها : مَعْرِفَةُ صِفَةِ الثمن المعيّن ، ولا خلاف فى اشتراط معرفة صِفَته ، إذا كان فى الذمّة . لأنه أحدُ عِوضَى السَّلَم . فإذا لم يكن مُعَيَّنًا اشترط معرفةُ صفته ، كالمُسْلَمِ فيه ، إلاّ أنّه إذا أطلق وفى البلد نقدٌ مُعيَّن انصرف الاطلاقُ إليه ، وقام مقامَ وصفه ، فأمّا إن كان الثمنُ مُعيّنًا . فقال القاضى ، وأبو الخطّاب ، لابدّ من معرفة وصفه . واحتجّا بقول أحمد : يقولُ : أسلمتُ إليك كذا ، وكذا درهمًا ، ويصف الثمن ، فاعتبر ضبط صفته . وهذا قول مالك ، وأبى حنيفة . لأنّه عقدٌ لا يَملِكُ إتمامَه فى الحال . ولا تسليمُ المعقود عليه . ولا يُؤْمَنُ انفساخُه . فوجب معرفةُ رأس المُسْلَمِ فيه ، ليُردّ بدله ، كالقرض ، والشركة . ولأنه لا يؤمَنُ أن يَظهَر بعضُ الثمن مُسْتَحَقًّا فينفسخَ العقدُ فى قَدْره . فلا يدرى فى كم بقى ، وكم انفسخ ؟

فإن قيل : هذا موهوم ، والموهومات لا تُعتبر .

قلنا : التوهّم مُعتبَر ههنا . لأن الأصل عدمُ الجواز . وإنّما جوّز إذا وقع الأمنُ من الغرر . ولم يوجد ههنا . بدليل ما إذا أسلم فى ثمرةِ بُسْتان بعَيْنِه ، أو قَدّرَ المُسْلَمَ فيه بِصَنْجَةٍ ، أو مِكْيالٍ مُعَيّن ، فإنّه لا يصحّ . وظاهرُ كلام الخِرَقى : أنّه لا يُشترط . لأنه ذكر شرائط السلم ، ولم يذكره ، وهو أحدُ قول الشافعىّ . لأنه عِوَضٌ مُشاهدٌ ، فلم يحتج إلى معرفة قَدْره ، كبُيوع الأعيان. وكلام أحمدَ إنّما تناول غير المعين ، ولا خلاف فى اعتبار أوصافه . ودليلهُم ينتقض بعقد الإجارة ، وأنّه ينفسخُ بتلَف العين المستأجَرة . ولا يحتاج مع اليقين إلى معرفة الأوصاف ، ولأن ردّ مثلِ الثمن إنّما يُسْتَحَقّ عند فسخ العقد لا من جهة عقده ، وجهالةُ ذلك لا تؤثّر ، كما لو باع المَكيلَ ، أو الموزونَ . ولأنّ العقد تمّت شرائطهُ . فلا يبطُل بأمرٍ موهوم ، فعلى القول الذى يَعْتَبِرُ صِفَاتِه : لا يجُوز أن يجعل رأس مال السلم مالاً يُمكن ضَبْطُ صفاته ، كالجواهر ، وسائر مالا يجُوز السَّلَمُ فيه . فإن جعلاه سَلَمًا بطلَ العقدُ ، ويجبُ ردّه إن كان موجوداً ، وقيمتُه إن عُرِفت إذا كان مَعدُوماً . فإن اختلفا ، فالقولُ قولُ المُسْلَم إليه . لأنه غارمٌ. وهكذا إن حكمنا بصحّة العقد ، ثم انفسخ . وإن اختلفا فى المُسْلَمِ فيه . فقال أحدُهما : فى مائةِ مُدْيِ حِنطَةٍ ، وقال الآخرُ . فى مائةِ مُدْيِ شعيرٍ تحالفا ، وتفاسخا به ، قال الشافعىّ ، وأبو ثور وأصحاب الرأى. كما لو اختلفا فى ثمن المبيع .

٣١٩٤ (فصل) وكلّ مالين حرُم النَّساءُ فيهما لا يجوزُ إسلامُ أحدهما فى الآخَر . لأنّ السلَم من شرطه النَّساءُ ، والتأجيلُ . والخِرَقىُّ : منع بيعَ العروض بعضها ببَعْضٍ نَساء ، فعلى قوله لا يجوز إسلامُ بعضها فى بعض ، وقال ابن أبى موسى : لا يجوز أن يكون رأسُ مال السَلَم إلاّ عَيْنًا ، أو وَرِقًا ، وقال القاضى : وهو ظاهرُ كلام أحمد هاهنا . قال ابن المنذر . قيل لأحمد : يُسْلَم مايوزَنُ فيما يُكالُ ، وما يُكالُ فيما يُوزَن ؟ فلم يُعجِبْهُ ، وعلى هذا لا يجوزُ أن يكون المُسْلَم فيه ثمنًا . وهو قول أبى حنيفة : لأنّها

لا تثبُت فى الذّمة إلا ثمنا . فلا تـكون مُثمَّنَةً ، وعلى الرواية التى تقول يجوزُ النَّساءُ فى العُروض : يجوز أن يـكون رأسُ مالِ السَّلَم عَرْضاً ، كالثمن سواءً . ويجوز إسلامُها فى الأثمان قال الشريف أبو جعفر : يجوز السَّلَمُ فى الدراهم ، والدنانير . وهذا مذهبُ مالك ، والشافعيّ لأنّها تثبُت فى الذمّة صداقاً . فتثبُت سَلَماً ، كالعروض . ولأنّه لا ربا بينهما من حيثُ التفاضُل ، ولا النَّساء . فصحّ إسلامُ أحدهما فى الآخَر ، كالعَرْض فى العَرْضِ ، ولا يصحّ ما قاله أبو حنيفة . فإنّه لو باع دراهمَ بدنانيرَ صحّ . ولا بدّ أن يـكون أحدُهما مُثمَّناً . فعلى هذا إذا أسلم عَرْضاً فى عَرْضٍ موصوفٍ بصفاته ، لجاءه عند الحلول بذلك العَرْضِ بعينه ، لزمه قبولُه على أحد الوجهين . لأنّه أتاه بالمُسلِم فيه على صِفَته . فلزمه قبوله ، كما لو كان غيره .

والثانى : لا يلزمُه . لأنه يُفضِى إلى كون الثمن هو المُثْمَن ، ومن نصر الأوّل : قال : هذا لا يصحُّ . لأنّ الثَمَن إنما هو فى الذمّة . وهذا عوضٌ عنه ، وهكذا لو أسلم جاريةً صغيرةً فى كبيرة ، لحلّ المَحلّ ، وهى على صفة المُسْلَمِ فيه . فأحضرها ، فعلى احتمالين أيضاً :

أحدهما : لا يصحُّ . لما ذكرنا . ولأنهُ يُفضى إلى أن يكون قد استمتع بها ، وردَّها خاليةً عن عقر .

والثانى: يجوز . لأنه أحضر المُسْلَم فيه على صفته ، ويبطُل الأولُ بما إذا وجد بها عَيْباً فردَّها . واختلف أصحابُ الشافعى فى هاتين المسألتين على هذين الوجهين ، وإن فعل ذلك حِيلةً لينتفعَ بالعين ، أو ليطأ الجاريةَ ثمّ ، يَرُدُّها بغير عِوَض . لم يجُز وجهاً واحداً . لأن الحِيَل كلَّها باطلةٌ .

الشرط الثانى : المختلَف فيه تعيين مكانِ الإيفاء . قال القاضى : ليس بشرطٍ وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وإسحاق ، وطائفةٍ من أهل الحديث ، وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وهو أحدُ قولى الشافعيّ ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » ولم يذكر مكانَ الإيفاء . فدلّ على أنّه لا يُشترط ، وفى الحديث الذى فيه « أَنَّ الْيَهُودِيَّ أَسْلَمَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّمَ . فقال النبيُّ صلّى الله عليه وسلّم : أَمَّا مِنْ حَائِطِ بَنِي فُلاَنٍ فَلاَ ، وَلَـكِنْ كَيْلٌ مُسَمًّى إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى » ولم يذكر مكان الإيفاء . ولأنه عقـدُ مُعاوَضَةٍ ، فلا يشترط فيه ذكرُ مكان الإيفاء ، كبيُوع الأعيان ، وقال الثورىّ : يُشترط ذكر مكان الإيفاء . وهو القولُ الثانى للشافعيّ ، وقال الأوزاعىّ : هو مكروه . لأن القبض يجب بحلوله . ولا يعلم موضعه حينئذ . فيجبُ شرطُه ، لئلاّ يكونَ مجهولا ، وقال أبو حنيفة ، وبعضُ أصحاب الشافعيّ : إن كان لحمله مؤْنَةٌ وجَب شَرْطُه ، وإلاّ فلا يجب . لأنّه إذا كان لحمله مؤْنةٌ اختلف فيه الفَرضُ ، بخلاف مالا مُؤْنةَ فيه . وقال ابن أبى موسى : إن كانا فى بَرِّيةٍ لزم ذكرُ مكان الإيفاء ، وإن لم يكونا فى بَرِّيةٍ ، فذكرُ مكان الإيفاء حَسنٌ . وإن لم يذكراه كان الإيفاء فى مكان العَقْدِ . لأنه متى كانا فى بَرِّيّة لم يمكن التسليمُ

فى مكان العقد . فإذا ترك ذكره كان مجهولاً . وإن لم يكونا فى بَرِّيَّةٍ اقتضى العقدُ التسليمَ فى مكانه ، فاكتفى بذلك عن ذكره ، فإن ذكره كان تأكيداً ، فكان حسناً . فإنّ شرط الإيفاء فى مكانٍ سواء صحّ لأنّه عقدُ بيع . فصحّ شرطُ ذكر الإيفاء فى غير مكانه ، كبُيوع الأعيان . ولأنه شرط ذكر مكان الإيفاء فصحّ ، كما لو ذكره فى مكان العقد . وذكر ابن أبى موسى روايةً أخرى : أنّه لا يصحّ . لأنّه شرط خلافَ ما اقتضاه العقدُ . لأنّ العقدَ يقتضى الإيفاء فى مكانه . وقال القاضى وأبو الخطّاب : متى ذكر مكانَ الإيفاء ففيه روايتان ، سواء شرطه فى مكان العقد ، أو فى غيره . لأنّ فيه غرراً . لأنّه ربّما تعذّر تسليمُه فى ذلك المكان . فأشبه تعيين المكيال . واختاره أبو بكر . وهذا لا يصحّ فإنّ فى تعيين المكان غرضاً ، ومصلحةً لهما . فأشبه تعيين الزّمان . وما ذكروه من احتمال تعذّر التسليم فيه ، يَبْطُل بتعيين الزمان . ثم لا يخلو إمّا أن يكون مقتضى العقد التسليم فى مكانه . فإذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد ، أو لا يكون ذلك مقتضى العقد . فيتعيّن ذكرُ مكان الإيفاء ، نَفْياً للجهالة عنه ، وقطعاً للتنازُع . فالغرر فى تركه لا فى ذكره ، وفارق تعيينَ المكيال . فإنّه لا حاجة إليه . ويفوتُ به علمُ المقدار المُشترط لصحّة العقد . ويُفضى إلى التنازُع . وفى مسألتنا لا يفوتُ به شرط ، وبقطع التنازُع : فالمعنى المانعُ من التقدير بمكيال بعينه مجهولٍ هو المقتضى لشرط مكان الإيفاء ، فكيف يصحّ قياسُهم عليه ؟

٣١٩٥ « مسألة » قال ﴿ وبيع المسلم فيه من بائعه ، أو من غيره قبل قبضه فاسدٌ . وكذلك الشركة فيه ، والتولية ، والحوالةُ به ، طعاماً كان أو غيرَه ﴾ .

أما بيعُ المسلَم فيه قبل قبضه فلا نعلمُ فى تحريمه خلافاً . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه ، وعن رِبْح مالم يُضْمَنْ . ولأنّه مَبيعٌ لم يدخُلْ فى ضمانِه . فلم يجُز بيعُه كالطعام قبل قبضه .

وأما الشركة فيه ، والتوليةُ فلا تجوز أيضاً . لأنهما بيعٌ على ما ذكرنا من قبلُ وبهذا قال أكثرُ أهلِ العلم . وحُكى عن مالك جوازُ الشركة ، والتولية . لما رُوى عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم « أنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلِ قَبْضِهِ ، وَأَرْخَصَ فِى الشَّرِكَةِ والتَّوْلِيَةِ »

ولنا : أنّها معاوضةٌ فى المُسلَم فيه قبل القبض ، فلم يَجُزْ ، كما لو كانت بلفظ البيع ، ولأنّهما نوعا بيع ، فلم يجُوزا فى السَّلم قبل قبضه ، كالنوع الآخَر . والخبرُ لا نعرفهُ . وهو حجّة لنا . لأنّه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، والشركةُ ، والتوليةُ بيعٌ . فيدخلان فى النهى . ويُحمل قوله «وَأَرْخَصَ فِى الشَّرِكَةِ وَالتَّوْلِيَةِ » على أنّه أرْخَصَ فيهما فى الُجلةِ ، لا فى هذا الموضع .

وأما الإقالة : فإنّها فسخ ، وليست بيعاً .

وأما الحوالةُ به ، فغيرُ جائزة ، لأن الحوالَة إنّما تجوزُ على دَيْنٍ مُستقرّ والسَّلَمُ بِعرض الفسخ فليس

بمُسْتقِرّ : ولأنّه نقلُ الملك فى المُسلَمِ فيه على غير وجه الفسخ ، فلم يجُز كالبيع . ومعنى الحوالة به : أن يكون لرجلٍ طعامٌ من سَلَمٍ ، وعليه مِثْلُهُ مِنْ قَرْضٍ ، أو سَلَمٍ آخَر ، أو بَيْعٍ ، فيُحِيلُ بما عليه من الطعام على الذى له عنده السلم . فلا يجوزُ . وإن أحال المُسلَمُ إليه المُسلِمَ بالطعام الذى عليه ، لم يصحّ أيضاً . لأنه مُعاوضة بالمُسلَم فيه قبل قبضه . فلم يجُز ، كالبيع .

وأما بيعُ المُسلَم فيه من بائعه ، فهو أن يأخذَ غيرَ ما أسلم فيه عوضاً عن المُسلَم فيه . فهذا حَرامٌ ، سواء كان المُسلَمُ فيه مَوْجوداً ، أو معدوماً ، سواء كان العَرْضُ مِثْلَ المُسلَمِ فيه فى القيمة ، أو أقلّ ، أو أكثرَ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىُّ ، وذكر ابن أبى موسى عن أحمد روايةً أخرى فيمن أسلم فى بُرّ ، فعَدِمه عند المَحلّ ، فَرضى المُسلِمُ بأخذ الشعير مكان البُرّ : جاز . ولم يجُز أكثرُ من ذلك : وهذا يُحملُ على الرواية التى فيها أن البُرّ والشَّعير جنسٌ واحد . والصحيحُ فى المذهب خلافُه . وقال مالك : يجوز أن يأخذ غَيْرَ المُسلَمِ فيه مكانَه يتعجَّله ، ولا يُؤَخِّره ، إلاّ الطعامَ .

قال ابن المنذر : وقد ثبت أنّ ابن عباس قال « إِذَا أَسْلَمَ[1] فى شَىْءٍ إِلَى أَجَلٍ فإِنْ أَخَذْتَ مَا أَسْلَفْتَ فِيهِ وَإِلاَّ فَخُذْ عِوَضاً أَنْقَصَ مِنْهُ ، وَلاَ تَرْبَحْ مَرَّتَيْنِ » رواه سعيد فى سننه .

ولنــا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فِى شَىْءٍ فَلاَ يَصْرِفْهُ إِلى غَيْرِهِ » رواه أبو داود وابن ماجه ، ولأنّ أخذَ العِوَض عن المُسْلَم فيه بَيْعٌ . فلم يجُز ، كبيعه من غيره . فأمّا إن أعطاه من جنس ما أسلم فيه خيراً منه ، أو دونه فى الصفات ، جاز ، لأنّ ذلك ليس بِبَيْعٍ ، إنّما هو قضاء للحقّ مع تفضّلٍ من أحدهما .

٣١٩٦ (فصل) فأمّا الإقالةُ فى المُسْلَمِ فيه فجائزةٌ . لأنّها فسخ ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أنّ الإقالة فى جميع ما أُسْلِم فيه جائزةٌ . لأن الإقالة فسخ للعقد ، ورفعٌ له من أصله . وليست بيعاً . قال القاضى : ولو قال : لى عندك هذا الطعام صالحْنى منه على ثمنه جاز . وكانت إقالةً صحيحةً . فأما الإقالة فى بعض المُسْلَمِ فيه . فاختُلِف عن أحمد فيها . فرُوى عنه : أنها لا تجوزُ . ورُوِيَتْ كراهتُها عن ابن عمر ، وسعيد بن المُسَيَّب ، والحسن ، وابن سيرين ، والنخعِىّ ، وسعيد بن جُبَيْر ، ورَبيعةَ ، وابن أبى ليلى ، وإسحاق ، ورَوى حنبل عن أحمد . أنّه قال : لا بأس بها ، ورُوى ذلك عن ابن عبّاس ، وعطاء ، وطاوس ، ومحمد بن علىّ ، وحُمَيْـد بن عبد الرحمن ، وعمرو بن دينار ، والحـكم ، والثورىّ ،

---

(١) هـكذا بالأصول ، وظاهر أن الأسلوب يقتضى أن يقال (إذا أسلمت فى شىء) ولعل ذلك من تصحيف النساخ .

والشافعيّ ، والنعمان ، وأصحابه ، وابن المنذر . ولأنّ الإقالة مندوب إليها . وكلُّ معروفٍ جاز فى الجميع جازَ فى البَعض ، كالإبْراءِ والإنْظار .

ووجه الرواية الأولى : أن السلف فى الغالب يُزاد فيه فى الثمن من أجل التأجيل . فإذا أقاله فى البعض بقى البعضُ بالباقى من الثمن ، وبمنفعة الجزء الذى حصلت الإقالةُ فيه . فلم يَجُز ، كما لو اشترط ذلك فى ابتداء العقد ، ويخرج عليه الإبراء ، والإنظارُ . فإنّه لا يتعلّق به شىء من ذلك .

٣١٩٧ (فصل) إذا أقاله ردّ الثمنَ إن كان باقياً ، أو مثلَه إن كان مِثليًا ، أو قيمتَه إن لم يكن مِثليًّا . فإن أراد أن يعطيه عوضاً عنه ، فقال الشريف أبو جعفر : ليس له صرفُ ذلك الثمن فى عقدٍ آخرَ حتّى يقبضه . وبه قال أبو حنيفة . لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلاَ يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ » ولأنّ هذا مضمون على المُسْلَم إليه بعقد السلم . فلم يجُز التصرّف فيه قبل قبضه ، كما لو كان فى يد المشترى ، وقال القاضى أبو يَعْلَى : يجوزُ أخذُ العوض عنه . وهو قول الشافعيّ . لأنه عوض مُستقرّ فى الذمّة . فجاز أخذ العوض عنه ، كما لو كان قرضاً . ولأنه مالٌ عاد إليه بفسخ العقد . فجاز أخذُ العوض عنه ، كالثمن فى المبيع إذا فُسِخ . والمُسلَمُ فيه مضمونٌ بالعقد . وهذا مضمونٌ بعد فسخه . والخبرُ أراد به المسلَمَ فيه . فلم يتناول هذا . فإن قلنا بهذا ، فحكمُه حكمُ ما لو كان قرضاً ، أو ثمناً فى بُيوع الأعيان ، لا يجوزُ جعلُه سَلماً فى شىء آخرَ . لأنه يكون بيعَ دينٍ بدَيْنٍ ، ويجوزُ فيه ما يجوزُ فى القرض ، وأثمانِ البِيَاعَاتِ إذا فُسِخَتْ .

٣١٩٨ « مسألة » قال ﴿ وإذا أسلم فى جنسين ثمناً واحداً لم يجز ، حتى يُبيّن ثمن كل جنس ﴾

صورة ذلك . أن يُسلم ديناراً واحداً فى قَفِيزِ حِنْطَةٍ ، وقفيزِ شَعير ، ولا يُبَيِّن ثمنَ الحنطة من الدينار ، ولا ثمنَ الشعير . فلا يصحّ ذلك . وجوّزه مالك . وللشافعيّ قولان كالمذهبين . واحتجّوا بأنّ كلّ عقد جازَ على جنسين فى عقدين ، جاز عليهما فى عقد واحدٍ ، كبيُوع الأعيان ، وكما لو بَيّن ثمن أحدهما .

ولنا : أن ما يقابل كلّ واحدٍ من الجنسين مجهولٌ . فلم يصحّ ، كما لو عقد عليه مُفرداً بثمنٍ مجهولٍ . ولأنّ فيه غرراً لأنّا لاَ نَأْمَنُ الفسخَ بتعذّر أحدهما ، فلا يُعرفُ بِمَ يَرْجِعُ ؟ وهذا غَرَرٌ أثّرَ مثلُه فى السَّلَمِ . وبمثل هذا علَّلنا معرفةَ صفة الثمن ، وقدرِه ، وقد ذكرنا ثمّ وجهاً آخرَ : أنّهُ لا يُشترط . فيخرج هٰهنا مثلُه . لأنّه فى معناه . ولأنه لما جاز أن يُسلِمَ فى شىء واحدٍ إلى أجلَيْنِ ، ولا يُبَيِّنَ ثمن كلّ واحدٍ منهما . كذا هٰهنا . قال ابن أبى موسى : ولا يجوز أن يُسلِمَ خمسةَ دنانيرَ وخمسينَ درْهماً فى كُرّ حِنْطَةٍ حتى يُبَيِّنَ حِصَّةَ مَا لِكلّ وَاحدٍ منهما من الثمن ، والأولى صحّة هذا . لأنه إذا تعذّر بعضُ المسلَم فيه رجع بقِسْطِهِ منهما ، إن تعذّر النصفُ ، رجع بنصفهما ، وإن تعذّر الخُمُسُ رجع بدينار ، وعشرةِ دراهم .

٣١٩٩ « مسألة » قال ﴿ وإذا أسلم فى شىء واحد على أن يقبضه فى أوقاتٍ متفرقةٍ أجزاء معلومةً فجائز ﴾

قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : الرجلُ يدفعُ إلى الرجل الدراهمَ فى الشىء يُؤْكَلُ ، فيأخذ منه كلَّ يوم من تلك السِّلعة شيئاً ؟ فقال : على معنَى السَّلَمَ إذاً ؟ فقلت : نعم . قال : لا بأس ، ثم قال : مِثْلُ الرَّجُلِ القصَّابِ يُعطيه الدينارَ على أن يأخذَ منهُ كلَّ يوم رِطْلاً منْ لَحْم قَدْ وَصَفَهُ . وبهذا قال مالك ، وقال الشافعىُّ : إذا أسلم فى جنس واحدٍ إلى أجلَيْنِ ففيه قولان : أحدهما : لا يصحُّ . لأنَّ ما يقابل أبعدهما أجلاً أقلُّ مما يقابلُ الآخر . وذلك مجهولٌ فلم يجُز .

ولنا : أن كلَّ بيع جاز فى أجلٍ واحدٍ جاز فى أجلين ، وآجالٍ ، كبيُوع الأعيان ، فإذا قبض البعضَ ، وتعذَّر قبضُ الباقى فَفُسِخَ العقدُ ، رجع بقِسْطِه من الثمن . ولا يجعلُ للباقى فضلاً عن المقبوض . لأنه مبيعٌ واحد ، متماثلُ الأجزاء ، فَيُقَسَّطُ الثمنُ على أجزائه بالسوِيّة ، كما لو اتفق أجلهُ .

٣٢٠٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا لم يكن السلم فيه كالحديد ، والرصاص ، وما لا يفسُد ، ولا يختلف قديمُه وحديثُه . لم يكن عليه قبضُه قبل محلّه ﴾

يعنى بالسلم : المُسْلَم فيه ، سُمّى باسم المصدر ، كما يُسمّى المسروقُ سرقَةً ، والمرهونُ رَهْناً ، قال إبراهيم : خذ سَلَمَكَ أو دُون سَلَمِك ، ولا تأخذ فوق سَلَمِكَ ، ومتى أحضر المُسلَم فيه على الصفة المشروطة لم يَخلُ من ثلاثةِ أحوال : —

أحدُها : أن يُحضِره فى محلّه . فيلزمه قبولُه . لأنه أتاه بحقّه فى محلّه . فلزمه قبولُه كالمَبيع المُعيّن ، وسواء كان عليه فى قبضه ضررٌ ، أو لم يكن . فإن أبَى قيل له : إما أن تقبض حقّك ، وإما أن تُبرىء منه . فإن امتنع قبضَه الحاكمُ من المُسْلَمَ إليه للمُسْلِم ، وبرئت ذمّتُه منه . لأن الحاكم يقومُ مقام الممتنعِ بولَايته . وليس له أن يُبْرِىء . لأنه لا يَملِكُ الإبراء .

الحال الثانى : أن يأتىَ به قبل محلّه فيُنظَرُ فيه . فإن كان مما فى قبضه قبل محلّه ضررٌ ، إمّا لكونه ممّا يتغيّر ، كالفاكهة ، والأطعمة كلّها ، أو كان قديمُه دونَ حديثه ، كالحبوب ، ونحوها . لم يلزم المُسلمَ قبولُه . لأن له غرضاً فى تأخيره بأن يحتاج إلى أكله ، أو إطعامه فى ذلك الوقت ، وكذلك الحيوانُ . لأنه لا يأمنُ تلَفه ، ويحتاجُ إلى الإنفاق عليه إلى ذلك الوقت . وربّما يحتاج إليه فى ذلك الوقت دون ما قبله . وهكذا إن كان مما يحتاجُ فى حفظه إلى مُؤْنَةٍ ، كالقطن ، ونحوه ، أو كان الوقتُ مَخُوفاً يَخشَى نَهْبَ ما يَقْبِضُه . فلا يلزمُه الأخذُ فى هذه الأحوال كلّها . لأنّ عليه ضرراً فى قبضه . ولم يأت محلُّ استحقاقه لَهُ . فجرى مَجْرى نقصِ صفةٍ فيه . وإن كان مما لا ضرر فى قبضه . بأن يكون لا يتغيّر ، كالحديد ،

والرصاص ، والنّحاس . فإنّه يستوى قديمهُ وحديثهُ ، ونحوُ ذلك الزيتُ والعسلُ ، ولا فى قبضه ضرراً لخوفٍ ، ولا تحمّل مُؤْنَةٍ . فعليه قبضُه . لأنّ غرضه حاصلٌ مع زيادة تعجُّل المنفعة ، فجرى مَجْرَى زيادة الصفة ، وتعجيل الدّين المُؤَجّل .

الحال الثالث : أن يُحضِره بعد محلّ الوجوب . فحكمُهُ حكمُ ما لو أحضر المبيعَ بعد تفرّقهما .

٣٢٠١ (فصل) ولا يخلو إمّا أن يُحضِر المسلَمَ فيه على صفته ، أو دونها ، أو أجودَ منها . فإن أحضره على صفته لزم قبولُه . لأنه حقّه . وإن أتى به دون صفته لم يلزمهُ قبولُه . لأن فيه إسقاطَ حقّه . فإن تراضيا على ذلك ، وكان من جنسه جاز . وإن كان من غير جنسه لم يجُز ، لما تقدّم . وإن اتفقا على أن يُعطيه دون حقّه ، ويزيدَه شيئاً لم يجُز . لأنه أفرد صفةَ الجَوْدةِ بالبيع . وذلك لا يجوزُ . لأنّ بيع المُسلَم فيه قبلَ قبضه غيرُ جائز ، فبيعُ وصفه أولَى .

الثالث : أن يُحضِره أجودَ من الموصوف ، فيُنْظَرُ فيه . فإن أتاه به من نوعه لزمه قبولُه . لأنه أتى بما تناوله العقدُ ، وزيادةٍ تابعةٍ لهُ ، فينفعُه ، ولا يضرُّه ، إذ لا يفوته غرض . فإن أتى به من نوع آخر ، لم يلزمه قبولهُ . لأنّ العقدَ تناولَ ما وصَفَاهُ على الصفة التى شَرَطَاها . وقد فات بعضُ الصفات ، فإنّ النوعَ صِفَةٌ . وقد فات . فأشبه ما لو فات غيرُه من الصفات ، وقال القاضى : يلزمُه قبولُه لأنهما جنس واحد ، يُضَمُّ أحدُهما إلى الآخر فى الزكاة ، فأشبه الزيادة فى الصفة مع اتفاق النوع . والأولُ أجودُ ، لأنّ أحدَها يصلُح لما لا يصلُح له الآخرُ . فإذا فَوّته عليه ، فوّت عليه الغرضَ المتعلّق به . فلم يلزمه قبوله ، كما لو فوّت عليه صِفَةَ الجَوْدةِ ، وهذا مذهبُ الشافعىّ . فإن تراضيا على أخذ النوع بدلاً عن النوع الآخر جاز ، لأنهما جنسٌ واحد ، لا يجوز بيع أحدهما بالآخر مُتفاضِلاً . ويُضَمُّ أحدُهما إلى الآخر فى الزكاة . فجاز أخذُ أحدهما عن الآخر ، كالنوع الواحد ، وقال بعضُ أصحاب الشافعىّ : لا يجوزُ له أخذُه ، للمعنى الذى منع لزوم أخذه ، وقال إبراهيم : لا تأخذْ فوق سَلَمِكَ فى كَيْلٍ ولا صِفَةٍ .

ولنا : أنهما تراضيا على دفع المُسْلَمِ فيه من جنسه . فجاز ، كما لو تراضيا على دفع الردىء مكان الجيِّد أو الجيِّد مكان الردىء . وبهذا ينتقض ما ذكروه ، فإنهُ لا يلزم أخذُ الردىء ، ويجوزُ أخذُه . ولأنّ المُسلِمَ أسقط حَقّه من النوع . فلم يَبْقَ بينهما إلا صفةُ الجودة ، وقد سَمحَ بها صاحبُها .

٣٢٠٢ (فصل) إذا جاءه بالأجود فقال : خذه ، وزِدْنِى دِرْهَماً . لم يصحّ . وقال أبو حنيفة . يصحُ ، كما لو أسلم فى عشرة ، فجاءه بأحدَ عشرَ .

ولنا : أن الجودةَ صفةٌ ، فلا يجوز إفرادُها بالعقد ، كما لو كان مَكيلاً ، أو مَوْزُوناً ، فإن جاءه بزيادة فى القدر ، فقال : خُذه وزِدْنِى دِرْهماً ، ففعلا صحّ . لأن الزيادة ههنا يجوز إفرادها بالعقد .

٣٢٠٣ (فصل) وليس له إلاّ أقلّ ما تقع عليه الصفةُ . لأنهّ إذا أسلم إليه ذلك فقد سلم إليه ما تناوله العقدُ ، فبرئت ذمّتهُ منه .

وعليه أن يُسَلّم إليه الحنطةَ نقيّةً من التّبْن ، والقَصَل ، والشعير ، ونحوه ، ممّا لا يتناولُه اسمُ الحِنطة ، وإن كان فيه تُراب كثيرٌ ، يأخذ موضعاً من المكيال ، لم يجُز . وإن كان يسيراً ، لا يؤثّر فى المِكيال ، ولا يَعيبُها ، لزمه أخذُه . ولا يلزمه أخذُ التمر إلا جافًّا ولا يلزم أن يَتناهىَ جَفَافُه ، لأنه يقعُ عليه الإسمُ ، ولا يلزمه أن يقبل مَعيباً بحالٍ ، ومتى قبض المُسْلَمَ فيه فوجده مَعيباً ، فله المطالبةُ بالبدَل أو الأرْشِ ، كالمبيع سَواء .

٣٢٠٤ (فصل) ولا يَقْبِضُ المَكِيلَ إلا بالكَيل ، ولا الموزونَ إلاّ بالوزن ، ولا يقبضُه جِزافاً ، ولا بغير ما يُقدّر به . لأن الكيلَ والوزنَ يختلفان . فإن قبضه بذلك ، فهو كقبضه جِزافاً . فيقدّره بما أسلمَ فيه ، ويأخذُ قَدْرَ حقّه ، ويردّ الباقى ، ويطالب بالعِوَض . وهل له أن يتصرّف فى قدر حقّه منه قبلَ أن يَعتبره ؟ على وجهين ، مضى ذكرهما فى بُيوع الأعيان ، وإن اختلفا فى قدره فالقولُ قولُ القابض مع يمينه . قال القاضى : ويُسلِّمُ إليه مِلْءَ المِكْيالِ ، وما يحمِلُه ، ولا يكون ممسوحاً ، ولا يَدُقّ ولا يَهُزّ ، لأنّ قوله : أسلمتُ إليك فى قَفيزٍ ، يقتضى ما يسَعُه المِكْيالُ ، وما يحمِله . وهو ما ذكرنا .

٣٢٠٥ ﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ ولا يجوز أن يأخذ رَهْناً ، ولا كَفيلاً من المُسْلَمِ إليه ﴾ .

واختلفت الرواية فى الرهن ، والضمين فى السّلم . فروَى المروزيّ ، وابنُ القاسم ، وأبو طالب منعَ ذلك ، وهو اختيارُ الخِرَقيّ ، وأبو بكر ، ورُوِيَتْ كراهةُ ذلك عن عليّ ، وابن عمر ، وابن عباس ، والحسن ، وسعيد بن جُبَيْر ، والأوزاعيّ ، وروى حَنْبل جوازَه . ورخّص فيه عطاء ومُجاهد ، وعمرو بن دينار ، والحكَم ، ومالك ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأصحابُ الرأى وابن المنذر . لقول الله تعالى (يا أيُّها الذينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ — إلى قوله — فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ) وقد رُوى عن ابن عبّاس ، وابن عمر . أن المراد به السّلمَ . ولأن اللفظ عامّ . فيدخُل السلم فى عمُومه . ولأنه أحدُ نوعى البيع . فجاز أخذ الرّهن بما فى الذمّة منه ، كبُيوع الأعيان .

ووجه الأول : أن الرهن والضّمين إن أخِذَا برأس مال السَّلم ، فقد أُخِذَا بما ليس بواجبٍ ، ولا مآله إلى الوجُوب . لأنّ ذلك قد ملَكه المُسْلَمُ إليه . وإن أخِذَا بالمُسْلَمِ فيه ، فالرهنُ إنّما يجوزُ بشىء يُمكنُ استيفاؤُه من ثمن الرّهْن ، والمُسْلَمَ فيه لا يمكنُ استيفاؤه من الرهن ، ولا من ذمّة الضامن . ولأنه لا يأمنُ هلاكَ الرهن فى يده بعدوانٍ ، فيصيرُ مستوفياً لحقّه من غير المُسْلَمِ فيه . وقد قال النبيّ

صلّى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلاَ يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ » رواه أبو داود . ولأنه يُقيمُ ما فى ذمّة الضامنِ مقامَ ما فى ذمّة المضمون عنه . فيكونُ فى حكمِ أخذ العِوَض ، والبدلِ عنه ، وهذا لا يجوزُ .

٣٢٠٦ (فصل) فإن أخذ رهناً ، أو ضميناً بالمُسْلَمِ فيه ، ثمّ تقايلا السّلمَ ، أو فُسِخَ العقدُ لتعذّر المُسلَمِ فيه . بطل الرهنُ ، لزوال الدَّيْن الذى به الرهنُ ، وبرئ الضامنُ ، وعلى المسلَمِ إليه ردُّ رأس مال السلَمِ فى الحال . ولا يُشترط قبضُه فى المجلس . لأنّه ليس بِعَوض . ولو أقرضه ألفاً وأخذ به رَهْناً ، ثم صالحه من الألف على طعامٍ معلومٍ فى ذمّته صحّ ، وزال الرهنُ ، لزوال دينه من الذمّة ، وبقى الطعامُ فى الذمّة ، ويُشترط قبضُه فى المجلس كيلا يكونَ بيعَ دَيْنٍ بدَيْنٍ . فإن تفرّقا قبل القبض بطل الصلحُ ، ورجع الألفُ إلى ذِمّته برَهْنه . لأنه يعودُ على ما كان عليه ، كالعصيرِ إذا تخمّر ، ثم عاد خَلاًّ . وهكذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير فى ذمّته ، فالحكمُ مثلُ ما بيّنا فى هذه المسألة .

٣٢٠٧ (فصل) وإذا حكمنا بصحّة ضمان السلم ، فلصاحب الحقّ مطالبةُ مَنْ شاء منهما ، وأيُّهما قضاه بَرِئت ذمّتُهما منه . فإن سلّم المُسْلَمُ إليه المُسْلَمَ فيه إلى الضامن ليدفَعه إلى المُسْلِم جاز ، وكان وكيلاً . وإن قال : خذهُ عن الذى ضمنتَ عنّى لم يصحّ ، وكان قبضاً فاسداً مضموناً عليه . لأنه إنّما استحقّ الأخذَ بعد الوفاء ، فإن أوصله إلى المُسلِم برئ بذلك . لأنه سلّم إليه ما سلّطه المُسلَمُ إليه فى التصرّف فيه . وإن أتلفه فعليه ضمانه . لأنه قبضه على ذلك . وإن صالح المسلِمُ الضامنَ عن المُسْلَم فيه بثَمَنِهِ لم يصحّ . لأن هذا إقالةٌ . فلا يصحُّ من غير المُسلَم إليه ، وإن صالحه المسلمُ إليه بثمنه صحّ ، وبرئَتْ ذمّته ، وذِمّة الضامن . لأن هذا إقالة . وإن صالحه على غير ثمنه لم يصحّ ، لأنه بيعُ المُسْلم فيه قبلَ القبض .

٣٢٠٨ (فصل) والذى يصحُّ أخذُ الرهن به كلُّ دَيْنٍ ثابتٍ فى الذمّة يصحّ استيفاؤه من الرهن ، كأثمان البِيَاعاتِ ، والأجرةِ فى الإجارات ، والمهرِ ، وعِوَض الخُلع ، والقرْضِ ، وأَرْش الجناياتِ ، وقِيَمِ المُتْلَفاتِ ، ولاَ يجوزُ أخذُ الرهن بما ليس بواجب ، ولا مآلُهُ إلى الوجوب ، كالدِّيةِ على العاقلة قبلَ الحَوْل . لأنّها لم تجب بعدُ ، ولا يُعلم إفضاؤها إلى الوجُوب . فإنّهم لو جُنُّوا ، أو افتقَروا ، أو ماتُوا لم تجب عليهم . فلا يصحُّ أخذُ الرهن بها . فأمّا بعدَ الحول فيجوزُ أخذُ الرهن بها . لأنّها قد استقرّت فى ذمّتهم ، ويحتمل جوازَ أخذ الرهن بها قبل الحَوْل . لأنّ الأصلَ بقاء الحياةِ ، واليسارِ والعقلِ ، ولا يجوز أخذُ الرهن بالجُعْلِ فى الجَعَالةِ قبل العَمَل . لأنه لم يجب ، ولا يُعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وقال القاضى : يحتملُ أخذَ الرهن به . لأنَّ مآله إلى الوجوب ، واللزوم ، فأشبهت أثمان البِيَاعاتِ ، والأولى أَوْلى . لأن

إفضاءها إلى الوجوب مُحتمَلٌ . فأشبهت الدِّية قبل الحول . ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل . لأنَّه قد وجب ، ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكِتَابة . لأنَّه غير لازم ، فإنَّ للعبد تَعجيزَ نفسه ، ولا يمكنُ استيفاء دينه من الرهن . لأنه لو عجز صار الرهنُ للسيِّد . لأنه من جملة مالِ المكاتب ، وقال أبو حنيفة : يجوز .

ولنا : أنها وثيقة لا يمكنُ استيفاء الحقّ منها ، فلم يصحّ ، كضمان الخمر . ولا يجوز أخذُ الرهن بِعَوض المُسابَقةِ . لأنَّها جَعَالَةٌ ولم يُعلم إفضاؤها إلى الوجوب. لأنّ الوجوبَ إنّما يثبُت بسَبْق غيرِ المُخْرِج . وهذا غيرُ معلوم ، ولا مَظنونٍ ، وقال بعضُ أصحابنا : فيها وجهان ، هل هى إجارة ، أو جَعَالة ؟ فإن قلنا : هى إجارة جاز أخذُ الرهن بِعَوضها . وقال القاضى : إن لم يكن فيها مُحَلِّلٌ فهى جَعَالَةٌ . وإن كان فيها مُحَلِّلٌ فعلى وجهين . وهذا كلُّه بعيد ، لأن الجُعْل ليس هو فى مقابلة العمل . بدليل أنه لا يستحقُّه إذا كان مسبوقاً . وقد عَمِل العمل ، وإنما هو عِوَضٌ عن السَّبْق . ولا تُعلم القدرة عليه . ولأنّ لا فائدة للجاعِل فيه ، ولا هو مُرادٌ له ، وإذا لم تكن إجارةً مع عدم المُحلّل فمع وجوده أولى . لأن مُستحقّ الجُعْل هو السابق ، وهو غيرُ معيَّن . ولا يجوز استئجارُ رجلٍ غير مُعيَّن . ثم لو كانت إجارةً لكان عِوَضُها غيرَ واجب فى الحال ، ولا يُعلَمُ إفضاؤه إلى الوجوب ، ولا يُظَنّ . فلم يجُز أخذُ الرهن به ، كالجُعل فى رَدِّ الآبق ، واللُّقطة ، ولا يجوزُ أخذُ الرهن بِعِوَض غيرِ ثابت فى الذمّة ، كالثمن المُعيَّن والأُجرة المعيَّنة فى الإجارة ، والمعقودُ عليه فى الإجارة إذا كان منافعَ مُعيَّنة مثلُ إجارةِ الدار ، والعبد المعيّن ، والجمل المعيَّن ، مُدَّة معلومة ، أو لحملِ شىء معيّن إلى مكانٍ معلوم . لأنّ هذا حقّ تعلّق بالعين لا بالذمّة . ولا يُمكن استيفاؤه أحقّ من الرهن . لأنّ منفعَة العين لا يمكنُ استيفاؤها من غيرها . وتبطُل الإجارةُ بتلَف العين . وإن وقعت الإجارةُ على منفعةٍ فى الذمّة ، كخِيَاطَةِ ثوب ، وبناءِ دارٍ ، جاز أخذُ الرهن به. لأنه ثابتٌ فى الذمّة ، ويُمكن استيفاؤه من الرهن ، بأن يستأجر من ثمنه من يَعْمَلُ ذلك العَمَل ، فجاز أخذُ الرهن به ، كالدّين . ومذهبُ الشافعيّ فى هذا كلِّه كما قلنا .

٣٢٠٩ (فصل) فأما الأعيانُ المضمونةُ ، كالمغصوب ، والعَوارِى ، والمقبوضِ ببيع فاسد ، والمقبوض على وجه السَّوْمِ ، ففيها وجهان :

أحدها : لا يصحّ الرهن بها. وهو مذهبُ الشافعيّ . لأن الحقّ غيرُ ثابت فى الذمّة . فأشبه ما ذكرنا. ولأنه إن رهنه على قيمتها إذا تلفت ، فهو رهنٌ على ما ليس بواجب . ولا يُعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وإن أخذ الرهن على عينها لم يصحّ . لأنه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن . فأشبه أثمان البِيَاعات المتعيِّنة .

والثانى : يصحّ أخذ الرهن بها . وهو مذهب أبى حنيفة . وقال : كلُّ عَيْنٍ كانت مضمونةً بنفسها

جاز أخذُ الرهن بها ، يُريد ما يُضمن بمثله ، أو قيمته ، كالمَبيع . يجوزُ أخذ الرهن به . لأنه مضمون بفساد العقد لأنّ مقصود الرهن الوثيقةُ بالحقّ . وهذا حاصلٌ . فإنّ الرهن بهذه الأعيان يَحمِلُ الراهنَ على أدائها . وإن تعذّر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن . فأشبهت الدّين فى الذمّة .

٣٢١٠ (فصل) قال القاضى : كل ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذُ الضمين به . وما لم يجُز الرهنُ به لم يجُز أخذُ الضمين به ، إلاّ ثلاثةَ أشياء : عُهدةُ المبيع ، يصحّ ضمانُها ولا يصحّ الرهن بها ، والكِتابةُ لا يصحّ الرهنُ بدَيْنِها ، وفى ضمانها روايتان . وما لم يجب لا يصحّ الرهنُ به ، ويصحّ ضمانهُ . والفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الرهن بهذه الأشياء يُبطِل الإرْفاق . فإنّه إذا باع عبدَه بألف ودفع رَهْناً يُساوى ألفاً ، فكأنّه ما قبض الثمن ، ولا ارتفق به ، والمكاتَبُ إذا دفع ما يُساوى كتابته ، فما ارتفق بالأجَل . لأنّه كان يُمكنه بيعُ الرهن ، أو بقاء الكتابة ، ويَستريحُ من تعطيل منافع عبده ، والضمانُ بخلاف هذا .

الثانى : أن ضرر الرهن يَعُمُّ . لأنّه يدُوم بقاؤه عند المشترى ، فيمنعُ البائعَ التصرُّفَ فيه ، والضمانُ بخلافه .

٣٢١١ (فصل) إذا اختلف المسلِمُ ، والمُسلَم إليه فى حلول الأجل ، فالقولُ قولُ المسلَم إليه . لأنهُ منكِر . وإن اختلفا فى أداء المسلَم فيه ، فالقولُ قولُ المسلِم ، لذلك . وإن اختلفا فى قبض الثمن ، فالقولُ قولُ المسلَم إليه ، لذلك . وإن اتفقا عليه ، وقال أحدُهما : كان فى المجلس قبل التفرّق ، وقال الآخرُ : بعدَه ، فالقولُ قولُ من يَدّعى القبضَ فى المجلس لأن معه سَلامَةَ العقد . وإن أقام كلٌّ واحد منهما بَيِّنةً بموجَب دعواه ، قدّمت أيضاً بيّنتهُ . لأنّها مُثبِتَةٌ ، والأُخرى نافية .

باب القرض

والقرض نوع من السلف . وهو جائز بالسّنة والإجماع . أمّا السّنة . فرَوى أبو رافع « أنّ النبيَّ صلَّى اللهُ عليهِ وسلم اسْتَسْلَفَ مِنْ رَجُلٍ بَكْراً[1] ، فَقدِمَتْ عَلَى النبيِّ صلى اللهُ عليهِ وسلم إبِلُ الصَّدَقةِ ، فَأمَرَ أبَا رَافِعٍ أنْ يَقْضِيَ الرّجُلَ بَكْرَهُ فَرَجَع إليْهِ أبُو رَافِعٍ ، فقال : يا رَسُولَ اللهِ ، لَمْ أجِدْ فِيهَا إلاّ خِيَاراً[2] رَباعِياً . فقال : أعْطِهِ ، فَإنّ خَيْرَ النَّاسِ أحْسَنُهُمْ قَضاءً » رواه مسلم ، وعن ابن مسعود : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « مَا مِنْ مُسْلِمٍ يُقْرِضُ مُسْلِماً قَرْضاً مَرَّتَيْنِ إلاّ كَانَ كَصَدَقَةٍ مَرَّةٍ »

(١) البكر : الجمل الفتى القوى .

(٢) رباعياً : أى ذكراً من الجمال نبتت رباعيته وهى رابعة أسنانه من الأمام وذلك إذا بلغ السنة السابعة ، فهو أفضل من البكر لأنه أقوى منه وأكبر .

وعن أنس قال : قَالَ رسولُ اللهِ صلى اللهُ عليهِ وسلَّم« رَأَيْتُ لَيْلَةَ أُسْرِيَ بِي عَلَى بَابِ الجَنَّةِ مَكْتُوباً : الصَّدَقَةَ بِعَشْرِ أَمْثَالِهَا ، والقَرْضُ بِثَمَانِيَةَ عَشَرَ . فقلتُ : يا جِبْرِيلُ ، ما بَالُ القَرْضِ أَفْضَلَ مِنَ الصَّدَقةِ ؟ قَالَ : لِأَنَّ السَّائِلَ يَسْأَلُ وَعِنْدَهُ ، وَالمُسْتَقْرِضُ لَا يَسْتَقْرِضُ إِلاَّ مِنْ حَاجَةٍ » رواهما ابن ماجه ، وأجمع المسلمونَ على جواز القرض .

٣٢١٢ (فصل) والقرضُ مندوبٌ إليه فى حقّ المُقرِض مباحٌ للمقترض . لما رَوَينا من الأحاديث . ولما رَوى أبو هريرة : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلّم قَالَ « مَنْ كَشَفَ عَنْ مُسْلِم كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنيَا كَشَفَ اللهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يومِ القِيَامَةِ ، واللهُ فِي عَوْنِ العَبْدِ مَا دَامَ العَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ » وعن أبى الدرداء أنَّهُ قال « لَأَنْ أُقْرِضَ دِينَارَيْنِ ، ثُمَّ يُرَدَّانِ ، ثُمَّ أُقْرِضُهُمَا أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِهِمَا » ولأنّ فيه تفريجاً عن أخيه المُسلم ، وقضاءَ لحاجته ، وعَوْناً له . فكان مندوباً إليه ، كالصدقة عليه . وليس بواجب . قال أحمد : لَا إِثْمَ على من سُئِل القَرضَ فلم يُقرِض . وذلك لأنه من المعروف . فأشبَه صدقةَ التطوّع . وليس بمكروه فى حقّ المُقترض . قال أحمد : ليس القرض من المسألة ، يعنى ليس بمكروه . وذلك لأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم « كَانَ يَسْتَقْرِضُ » بدليل حديث أبى رافع ، ولو كان مكروهاً كان أبعدَ الناس منه . ولأنه إنما يأخذُه بعَوضِه . فأشبه الشّراء بدَيْنٍ فى ذمّته . قال ابن أبى موسى : لا أحبّ أن يتحمَّل بأمانته ما ليس عنده ، يعنى ما لا يقدرُ على وَفائه . ومن أراد أن يستقرض فليُعْلِمْ من يَسألُه القرضَ بحَالِه ، ولا يُغرّه من نَفْسه ، إلا أن يكون الشيء اليسيرَ الذى لا يتعذّر رَدُّ مثله . قال أحمد : إذا اقترض لغيره ، ولم يُعلِمْهُ بحالِهِ لم يُعجِبْنى، وقال : ما أُحِبُّ أنْ يقترض بجاهه لإخوانه . قال القاضى : يعنى إذا كان من يقترض له غيرَ معروفٍ بالوَفاء ، لكونه تغريراً بمال المُقرِض ، وإضراراً به . أما إذا كان معروفاً بالوفاء لم يُكره . لكونه إعانةً له ، وتفريجاً لكُرْبَتِه .

٣٢١٣ (فصل) ولا يصحّ إلا من جائزِ التصرّف . لأنه عقدٌ على المال . فلم يصحّ إلا من جائزِ التصرّف ، كالبيع . وحكمُه فى الإيجاب والقبول حكمُ البيع ، على ما مضى . ويصحّ بلفظ السلف ، والقَرْضِ ، لورود الشرع بهما ، وبكلّ لفظٍ يُؤدّى معناها ، مثل أن يقول : مَلَّكْتُكَ هذا على أن تَرُدَّ علىّ بدَلَهُ ، أو توجَدُ قرينةٌ دالّة على إرادة القَرْض . فإن قال : مَلَّكْتُكَ ، ولم يذكر البَدَل ، ولا وُجِدَ ما يدلّ عليه . فهو هِبَةٌ . فإن اختلفا ، فالقولُ قولُ الموهوب له . لأنّ الظاهر معه . لأنّ التمليك من غير عِوَض هِبَةٌ .

٣٢١٤ (فصل) ولا يثبُت فيه خيارٌ ما . لأنّ المُقرض دخل على بَصيرةٍ أنّ الحظّ لغيره . فأشبه الهِبَةَ . والمُقترض متى شاء ردَّه . فيستغنى بذلك عن ثُبوت الخيار له . ويثبُت الملك فى القرض بالقَبْض .

وهو عقد لازم فى حق المُقرض ، جائز فى حق المقترض . فلو أراد المُقرض الرجوعَ فى عَيْن ماله لم يَملِكْ ذلك . وقال الشافعيُّ : له ذلك ، لأنَّ كُلَّ ما يَملِكِ المُطالبةَ بمثله مَلَكَ أخذه ، اذا كان موجوداً ، كالمغصوب والعارِيَة .

ولنا : أنه أزال مِلكه بعوض من غير خيار . فلم يكن له الرجوعُ فيه ، كالبيع ويُفارق المغصوبَ والعارِيَة . فإنَّه لم يَزُلْ مِلكُهُ عنهما . ولأنه لا يَملك المطالبةَ بمثلهما ، مع وجودهما . وفى مسألتنا بخلافه . فأما المقترضُ فله ردُّ ما اقترضه على المقرض ، إذا كان على صفته ، لم ينقُصْ ، ولم يحدُثْ به عَيبُ . لأنَّه على صفة حقه،فلزمه قبولُه ، كالمسلَمِ فيه ، وكما لوأعطاه غيرَه ويحتملُ أنْ لا يلزم المُقرِضَ قبولُ ماليس بمثليٍ ،لأنَّ القرض فيه يوجبُ ردّ القيمة على أحد الوجهين . فإذا ردّه بعينه لم يردَّ الواجبَ عليه . فلم يجب قبوله كالمبيع:

٣٢١٥ (فصل) وللمقرض المطالبةُ ببدله فى الحال . لأنه سببٌ يُوجبُ ردّ المثل فى المثليات : فأوجبه حالاً كالإتلاف . ولو أقرضه تفاريق . ثم طالبه بها جُمْلَةً فله ذلك . لأنَّ الجميع حال . فأشبه مالو باعه بيُوعاً حالة ، ثم طالبه بثمنها جُمْلَةً . وإن أجّل القرضَ لم يتأجل ، وكان حالاً . وكلّ دين حَلّ أجله لم يصر مُؤَجلاً بتأجيله ، وبهذا قال الحارث العُكْلِيّ ، والأوزاعيّ ، وابن المنذر والشافعيّ . وقال مالك والليث : يتأجّل الجميع بالتأجيل . لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شرُوطِهِمْ » ولأنّ المتعاقدَيْن يملكانِ التصرّف فى هذا العقد بالإقالة ، والإمضاء . فملكا الزيادةَ فيه ، كخيار المجلس ، وقال أبو حنيفة : فى القرض وبدل الْمُتْلَف كقولنا ، وفى ثمن المَبيع ، والأجْرة ، والصَّداقِ ، وعَوض الخلع كقولها . لأنّ الاجل يقتضى جُزءاً من العِوَض ، والقرضُ لا يحتملُ الزيادة ، والنقص فى عِوَضه ، وبدلُ الْمُتْلَفِ الواجبُ فيه المثلُ من غير زيادةٍ ولا نَقْصٍ . فلذلك لم يتأجّل . وبقيّة الأعْواض تجوزُ الزيادة فيها ، فجاز تأجيلها .

ولنا : أن الحقّ يثبُتُ حالاً والتأجيلُ تبرُّعٌ منه ، ووعْدٌ . فلا يلزمُ الوفاء به ، كما لو أعاره شيئاً ، وهذا لا يقعُ عليه اسمُ الشرط . ولو سُمّي فالخبر مخصوص بالعارِيَة فيُلحق به ممّا اختلفا فيه ، لأنّه مِثلُه

ولنا : على أبي حنيفة أنّها زيادةٌ بعد استقرار العقد . فأشبه القرض ، وأما الإقالةَ فهى فسخ وابتداء عقدٍ آخرَ ، بخلاف مسألتنا . وأماّ خيارُ المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد . بدليل أنهُ يجزىء فيه القبضُ لما يُشْتَرطُ قبضهُ ، والتعيين لما فى الذمّة .

٣٢١٦ (فصل) ويجوز قرضُ المَكيل ، والموزون ، بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ماله مثل من المَكيل والموزون والأطعمة جائز ،ويجوز قرض

كلّ ما يثبُت فى الذّمة سَلَماً ، سوى بنى آدم . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفة : لا يجوزُ قرضُ غير المَكِيل ، والموزون . لأنّه لا مِثْلَ لهُ . أشبهَ الجواهر

ولنا : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم « اسْتَسْلَفَ بَكْراً » وليس بمكيلٍ ، ولا موزون ، ولأنّ مايثبُت سَلَماً ، يملكُ بالبيع ، ويُضبَطُ بالوصف . فجاز قرضُه كالمكيل ، والموزون ، وقولهم : لا مِثْلَ لهُ. خلافُ أصلهم . فإن عند أبى حنيفة لو أتلف على رجل ثوباً ثبت فى ذمّته مثلهُ ، ويجوز الصلحُ عنه بأكثرَ من قيمته . فأمّا ما لا يثبُت فى الذمّة سلماً ، كالجواهر ، وشبهها ، فقال القاضى : يجوزُ قرضها وَيَرُدُّ المُستقرضُ القيمَة ، لأنّ ما لاَ مِثْلَ لَهُ يُضْمَنُ بالقِيمَةِ ، والجواهر كغيرها فى القِيَمِ . وقال أبو الخطّاب : لا يجوز قرضُها . لأنّ القرضَ يقتضى رَدّ المثل . وهذه لا مِثْلَ لها . ولأنه لم يُنقل قرضُها ، ولاهى فى معنى ما نُقل القرضُ فيه ، لكونها ليست من المرافق ، ولا يثبُت فى الذمّة سَلَماً . فوجب إبقاؤها على المنع . ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين فى الواجب ، فى بدل غير المَكيل والموزون . فإذا قلنا : الواجبُ ردّ المِثل . لم يجز قرضُ الجواهر ، وما لايثبُت فى الذمّة سلماً لتعذّر رَدّ مثلها ، وإن قلنا الواجب رَدّ القيمة. جاز قرضُه ، لإمكان ردّ القيمة . ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

٣٢١٧ (فصل) فأما بنو آدم ، فقال أحمدُ : أ كرهُ قرضَهم . فيحتملُ كراهيةَ تنزيهٍ . ويصحّ قرضُهم ، وهو قول ابن جُرَيْج ، والمُزنىّ . لأنه مالٌ يثبُت فى الذمّة سَلَماً . فصحّ قرضه ، كسائر الحيوان ، ويحتملُ أنّه أراد كراهةَ التحريم . فلا يصحّ قرضُهم . اختاره القاضى . لأنه لم يُنقل قرضُهم ، ولا هو من المرافق . ويحتملُ صحّة قرض العبيد دون الإماء . وهو قول مالك والشافعى ، إلاّ أن يُقرضهنّ من ذَوِى محارمهنّ . لأن الملك بالقرض ضعيفٌ . فإنّه لا يمنعُه من رَدّها على المُقرض . فلا يُستباح به الوَطْء ، كالملك فى مُدّةِ الخيار . وإذا لم يُبِح الوطء لم يصحّ القَرضُ ، لعدم القائل بالفرق ، ولأن الأبْضاع ممّا يُحتاط لها ، ولو أبحنا قرضهنّ أفضى إلى أن الرجل يستقرضُ أمةً فيطؤُها ، ثم يَرُدّها من يَوْمِه ، ومتى احتاج إلى وطئها استقرضها ، فوطئها ، ثم ردّها ، كما يَستعيرُ المتاع ، فينتفع به ، ثم يَرُدّه .

ولنا : أنه عقد ناقلٌ للملك . فاستوى فيه العبيدُ ، والإماء ، كسائر العقود . ولا نُسلّم ضَعْفَ المِلك . فإنّه مُطلقٌ لسائر التصرّفات ، بخلاف المِلك فى مدّة الخيار ، وقولهم : متى شاء المُقترض ردّها ممنوعٌ . فإننّا إذا قلنا : الواجبُ ردّ القيمة لمَ يملك المقترضُ رَدّ الأمةِ . وإنما يَرُدّ قيمتها ، وإن سلّمنا ذلك لكن متى قصد المقترض هذا لم يحلّ له فعلُه . ولا يصحّ اقتراضه ، كما لو اشترى أمةً ليطأها ، ثم يَرُدّها بالمُقايلة ، أو بعَيْبٍ فيها ، وإن وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة ، كما لو وقع ذلك فى البيع ، وكما لو أسلم جاريةً فى أُخرَى موصوفةٍ بصفاتها ، ثم ردّها بعينها عند حلول الأجَلِ . ولو ثبت أنّ القرض ضعيفٌ لا يُبيح

الوطء لم يُمنَعْ منــه فى الجوارى ، كالبيع فى مدّة الخيار . وعدمُ القائل بالفرق ليس بشىء على ما عُرِف فى مواضعه ، وعدمُ نقله ليس بحجّة . فإنّ أكثر الحيوانات لم يُنقل قرضُها ، وهو جائز .

٣٢١٨ (فصل) وإذا اقترض دراهم ، أو دنانير غيرَ معروفة الوزن ، لم يجز . لأنّ القرض فيها يوجبُ ردّ المثل . فإذا لم يعرف المثلُ لم يمكن القضاء ، وكذلك لو اقترض مَكيلاً ، أو مَوزوناً جزَافاً ، لم يجُز ، لذلك . ولو قدّره بمكيال بعَيْنِه ، أو صَنْجَةٍ بعينها ، غيرِ معروفين عند العامّة لم يجُز . لأنه لا يأمنُ تلَف ذلك ، فيتعذّر رَدّ المِثْلِ . فأشبه السَّلَمَ فى مثل ذلك . وقال الإمام أحمد : فى ماء بين قومٍ لهم نُوَبٌ فى أيّامٍ مُسَمَّاةٍ ، فاحتاج بعضهُم إلى أن يستقى فى غير نَوْبَتِهِ ، فاستقرض من نَوْبَةِ غيره لِيَرُدَّ عليه بدَلَه فى يوم نَوْبته ، فلا بأس . وإن كان غيرَ محدودٍ كرهتُه ، فكرِهَهُ إذا لم يكن محدوداً ، لأنّه لا يمكنه ردُّ مثلِه ، وإن كانت الدراهمُ يُتعامل بها عدداً ، فاستقرض عدداً رَدّ عَدداً . وإن استقرض وَزْناً ردّ وزناً . وهذا قولُ الحسن ، وابن سيرين ، والأوزاعىّ ، واستقرض أيُّوبُ من حَمَّاد بن زَيْد دَراهِمَ بمكّة عَدداً . وأعطاه بالبَصْرةِ عدَداً ، لأنّه وفّاه مِثْلَ ما اقترض فيما يتعامَلُ به الناس . فأشبه ما لو كانوا يتعاملون بها وَزْناً ، فردّ وزناً .

٣٢١٩ (فصل) ويجب ردّ المِثل فى المَكيل ، والموزون . لا نعلم فيه خِلافاً ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أنّ من أسلف سَلَفاً ممّا يجوزُ أن يُسلَف فردَّ عليه مِثْلَه ، أنّ ذلك جائزٌ ، وأنّ للمُسلفِ أخذَ ذلك . ولأنّ المَكيل ، والموزونَ يُضمَنُ فى الغَصْب ، والإتلافِ بمثلِه . فكذا ههنا ، فأما غيرُ المكيل ، والموزون ، ففيه وجهان :

أحدهما : يجب ردَّ قيمته يومَ القرض . لأنّه لامثلَ له ، فيضمنُه بقيمته ، كحال الإتلاف ، والغَصْب .

والثانى : يجبُ رَدُّ مثله . لأنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم «اسْتَسْلَفَ مِنْ رَجُلٍ بَكْراً فَرَدَّ مِثْلَهُ». ويخالف الإتلاف . فإنّه لا مُسامحة فيه . فوجبت القيمةُ . لأنّها أحْصَرُ . والقرضُ أسْهَلُ . ولهذا جازت النَّسيئةُ فيه ، فيما فيه الرّبا ، ويُعتبر مثلُ صفاته تقريباً . فإنّ حقيقة المِثل إنّما توجدُ فى المَكيل، والموزون. فإن تعذّر المِثلُ فعليه قيمتُه يومَ تعذّر المِثْلُ . لأنّ القيمةَ ثبتت فى ذمّته حينئذٍ ، وإذا قلنا : تجب القيمةُ وجبت حين القَرْضِ . لأنّها حينئذٍ ثبتتْ فى ذمّته .

٣٢٢٠ (فصل) ويجوزُ قرضُ الخُبْزِ . ورَخّص فيه أبو قِلاَبَة ، ومالك . ومنع منه أبو حنيفة . ولنا : أنه موزون ، فجاز قرضُه ، كسائر الموزونات . وإذا أقرضه بالوزن، ورَدّ مِثْلَهُ بالوزن جاز. وإن أخذه عدداً فردّه عدداً ، فقال الشريفُ أبو جعفر : فيه روايتان :

إحداهما : لا يجوز . لأنّه موزونٌ . أشبه سائرَ الموزونات .

والثانية : يجوز . قال ابن أبي موسى : إذا كان يتحرّى أن يكون مِثلاً بمثلٍ ، فلا يحتاجُ إلى الوزن، والوزنُ أحبّ إليّ ، ووجهُ الجواز ما رَوتْ عائِشَةُ رضيَ اللهُ عنها ، قالت : قلتُ « يَا رَسُولَ اللهِ ، إنَّ الجِيرَانَ يَسْتَقْرِضُونَ الْخُبْزَ ، والْخَمِيرَ ، ويرُدُّون زِيادَةً و نُقصانًا . فقَالَ : لَا بَأْسَ ، إنّ ذَلِكَ مِنْ مَرَافِقِ النَّاسِ ، لا يُرادُ بِهِ الفَضْلُ » ذكره أبو بكر في الشافي بإسناده . وفيه أيضاً بإسناده ، عن مُعاذ بن جَبَل « أنَّهُ سُئِلَ عَنْ اسْتِقْرَاضِ الخُبْزِ والْخَمِيرِ ؟ فقال : سُبْحَانَ اللهِ ، إنّما هذَا مِنْ مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ ، فخُذِ الكَبِيرِ ، وأَعْطِ الصَّغِيرَ ، وخُذِ الصَّغِيرَ ، وأَعْطِ الكَبِيرَ ، خيرُكم أحسَنُكم قضاء . سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وسَلَّمَ يَقُولَ ذَلِكَ » ولأن هذا مما تدعو الحاجةُ إليه ، ويشُقّ اعتبارُ الوزن فيه ، وتَدْخُله المسامحةُ . فجاز ، كدخول الحمّام من غير تقدير أجْرَةٍ ، والركوب في سفينة الملاّح ، وأشباه هذا. فإن شرط أن يُعطيَه أكثر مما أقرضه ، أو أجودَ ، أو أعطاه مثلَ ما أخذ ، وزاده كِسْرةً . كان ذلك حَراماً . وكذلك إن أقرضه صغيراً قَصْدَ أنْ يُعطِيَهُ كَبيراً . لأنّ الأصلَ تحريمُ ذلك ، وإنما أبيح لمشقّةِ إمكان التحرُّزِ منه . فإذا قصد أو شرط ، أو أفْرَدَتِ الزيادةُ فقد أمكن التحرّز منه ، فحَرُم بحكم الأصل ، كما لو فعل ذلك في غَيْره .

٣٢٢١ (فصل) وكلّ قرض شرط فيه أن يزيده . فهو حرامٌ بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمعوا على أن المُسْلِف إذا شرط على المُسْتَسلِف زيادةً أو هَدِيّةً ، فأسْلَفَ على ذلك : أنّ أخذَ الزيادة على ذلك رِباً. وقد رُوى عن أبيّ بن كعب ، وابن عباس ، وابن مسعود : أنهم نَهَوْا عن قَرْضٍ جرّ منفعةً . ولأنّه عقد إرفاقٍ ، وقُرْبةٍ ، فإذا شرط فيه الزيادَة أخرجه عن موضوعه . ولا فرق بين الزيادة في القَدْرِ ، أو في الصفة. مثل أن يُقرضه مُكسّرةً ، ليعطيَه صحاحاً ، أو نَقْداً ليُعطيه خيراً منه . وإن شرط أن يُعطيه إيّاه في بلدٍ آخرَ ، وكان لحمله مُؤْنَةٌ لم يجُز. لأنّه زيادة ، وإن لم يكن لحمله مُؤْنَةٌ جاز . وحكاه ابنُ المنذر ، عن عليّ ، وابن عباس ، والحسن بن عليّ ، وابن الزبير ، وابن سيرين ، وعبد الرحمن بن الأسود ، وأيُّوب السَّخْتياني ، والثوريّ ، وأحمد ، وإسحق ، وكرهه الحسن البصريّ ، وميمون بن أبي شَبيب ، وعَبْدَةُ بن أبي لُبَابَة، ومالك ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ ، لأنه قد يكون في ذلك زيادة . وقد نصّ أحمدُ على أنّ من شرط أن يكتُب له بها سُفْتَجَةٌ ، لم يجُز ، ومعناه : اشتراط القضاء في بلدٍ آخرَ . ورُوى عنه جوازُها ، لكونها مصلحةً لهما جميعاً . وقال عطاء : كان ابنُ الزبير يأخذُ من قوم بمكّة دراهم ، ثم يكتبُ لهم بها إلى مُصْعَبِ ابن الزُّبَيْر بالعراق ، فيأخذونها منه . فسُئل عن ذلك ابنُ عباس ؟ فلم يَرَ به بأساً . ورُوى عن عليّ رضى الله عنه : أنه سُئِل عن مِثْل هذا ؟ فلم يرَ به بأساً . وممّن لم يرَ به بأسا : ابنُ سيرين ، والنخَعِيّ ، رواه كلَّه سعيدٌ . وذكر القاضي أن للوصيّ قَرْضَ مالِ اليتيم في بلدٍ ليُوَفّيه في بلدٍ أخرى ، ليربحَ خطَرَ الطريق،

والصحيحُ جوازُه . لأنّه مصلحةٌ لهما ، من غير ضرر ، بواحد منهما . والشرْعُ لا يَرِدُ بتحريم المصالح التى لا مضرّةَ فيها ، بل بمشروعيّتها . ولأنّ هذا ليس بمنصوص على تحريمه . ولا فى معنى المنصوص . فوجب إبقاؤه على الإباحة . وإن شرط فى القرض أن يؤجّره دارَه ، أو يبيعه شيئاً ، أو أن يُقرضه المقترض مرّةً أخرى ، لم يجُز . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ » ولأنه شَرَطَ عقداً فى عقدٍ ، فلم يجُز كما لو باعه دارَه بشرط أن يبيعَه الآخرُ داره . وإن شرط أن يؤجّره دارَه بأقلّ من أُجرتها ، أو على أن يستأجر دار المُقرض بأكثرَ من أُجرتها ، أو على أن يُهدى له هَدِيَّةً ، أو يَعْمَل له عملاً . كان أبلغ فى التحريم . وإن فعل ذلك من غير شرط قبل الوَفاء لم يقبله . ولم يجُز قبولُه إلّا أن يُكافئه ، أو يحسِبهُ من دينه ، إلا أن يكون شيئاً جرَتْ العادةُ به بينهما ، قبل القرض . لما رَوى الأثرم « أَنَّ رَجُلاً كَانَ لَهُ عَلَى سَمَّاكٍ عِشْرُونَ دِرْهَماً . فَجعَلَ يُهْدِى إِلَيْهِ السَّمَكَ وَيُقَوِّمُهُ حَتَّى بَلَغَ ثَلَاثَةَ عَشَر درهماً . فسأل ابنَ عباس فقال : أَعْطِهِ سَبْعَةَ دَراهِمَ » وعن ابن سيرين « أَنَّ عُمَرَ أَسْلَفَ أُبَىَّ بْنَ كَعْبٍ عَشَرَةَ آلافِ دِرْهَم . فأَهْدَى إِلَيْهِ أُبَىُّ بنُ كَعْبٍ مِنْ ثَمَرَةِ أَرْضِهِ . فَرَدَّهَا عَلَيْهِ وَلَمْ يَقْبَلْهَا . فأتاه أُبَىٌّ فقالَ : لَقَدْ عَلِمَ أَهْلُ الْمَدِينَةِ أَنِّى مِنْ أَطْيَبِهِمْ ثَمَرَةً ، وَأَنَّهُ لاَ حَاجَةَ لَنَا . فِبمَ مَنَعْتَ هَدِيَّتَنَا ؟ ثُمَّ أَهْدَى إِلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ فَقبِلَ » وعن زِرّ بنِ حُبَيْش قال « قُلْتُ لأُبَىِّ بنِ كَعْبٍ : إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أَسِيرَ إِلَى أَرْضِ الجِهادِ إِلَى العِراقِ . فَقَالَ : إِنَّكَ تَأْتِى أَرْضاً فاشٍ فيهاَ الرِّبا . فإِنْ أَقْرَضْتَ رَجُلاً قَرْضاً فأَتاكَ بِقَرْضِكَ لِيُؤَدِّى إِلَيْكَ قَرْضَكَ وَمَعَهُ هَدِيَّةٌ ، فاقْبِضْ قَرْضَكَ وَارْدُدْ عَلَيْهِ هَدِيَّتَهُ » رواهما الأثرم ، وروى البخاريّ عن أبى بُرْدَةَ ، عن أبى موسى ، قال : « قَدِمْتُ الْمَدِينَةَ ، فَلقِيتُ عَبْدَ اللهِ بنَ سَلامٍ — وذكر حديثاً — وفيه ثُمّ قَالَ لِى : إِنَّكَ بِأَرْضٍ فِيهاَ الرِّباَ فَاشٍ . فَإِذا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ فأَهْدَى إِلَيْكَ حِمْلَ تِبْنٍ أَوْ حِمْلَ شَعِيرٍ ، أَوْ حِمْلَ قَتٍّ فَلاَ تَأْخُذْهُ ، فإنّه رِباً » قال ابن أبى موسى : ولو أقرضه قرضاً ، ثمّ استعمله عملاً ، لم يكن ليستعمله مثلَه قبلَ القرض كان قرضاً جرَّ مَنْفعةً . ولو استضاف غريمَه[1] ، ولم تكن العادةُ جرَتْ بينهما بذلك حُسِبَ لَهُ مَا أَكَلَهُ . لِما رَوى بنُ ماجه فى سننه ، عن أنس قال : قَالَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم « إِذا أَقْرَضَ أَحَدُكُمْ قَرْضاً ، فَأَهْدَى إِلَيْهِ أَوْ حَمَلَهُ عَلَى الدَّابَّةِ . فَلاَ يَرْكَبْهاَ وَلاَ يَقْبَلْهُ ، إلاّ أَنْ يَكُونَ جَرى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَبْلَ ذَلِكَ » وهذا كلُّه فى مدّة القرض . فأمّا بعدَ الوفاء فهو كالزيادة عن غير شرط ، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٣٢٢٢ (فصل) فإن أقرضه مُطلقاً من غير شرط ، فقضاه خيراً منه فى القَدْر ، أو الصِّفةِ ، أو دونَه

---

(١) الغريم هنا الدائن .

برضاها جاز . وكذلك إن كتب له بها سُفْتَجة[١] ، أو قضاه فى بلدٍ[٢] آخرَ جاز . ورخّص فى ذلك ابنُ عمر ، وسعيدُ بنُالمسيِّب،والحسنُ والنخَعِىّ، والزهرىّ،والشعبىّ،ومكحول ، وقتادة، ومالك،والشافعىّ، وإسحق . وقال أبو الخطّاب : إن قضاه خيراً منه ، أو زاده زيادةً بعد الوفاء من غير مُوَاطأة ، فعلى روايتين . ورُوى عن أُبىِّ بن كعب ، وابن عبّاس ، وابن عمر : أنه يأخذُ مثلَ قَرْضه . ولا يأخذُ فضلاً . لأنّه إذا أخذ فضلاً كان قرضاً جَرَّ منفعةً .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم «اسْتَسْلَفَ بَكْراً ، فرَدَّ خَيْرًا مِنْهُ ، وقال : خَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً » متفق عليه . وللبخارىّ «أَفْضَلُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً» ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عِوَضاً فىالقرض ولا وسيلةً إليه ، ولا إلى استيفاء دَيْنِهِ ، فحلّت كما لو لم يكن قَرضٌ . وقال ابن أبى موسى : إذا زاده بعد الوفاء فعاد المستقرضُ بعد ذلك يلتمسُ منه قرضاً ثانياً ، ففعل . لم يأخذ منهُ إلاّ مثلَ ما أعطاه . فإن أخذ زيادةً ، أو أجودَ ممّا أعطاه كان حَراماً ، قولاً واحداً . وإن كان الرجلُ معروفا بحسن القضاء لم يُكره إقراضُه . وقال القاضى : فيه وجهٌ آخرُ : أنه يُكره . لأنه يَطْمَعُ فى حُسنِ عادته . وهذا غيرُ صحيح ، فإنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم كان معروفاً بحُسنِ القضاء ، فهل يَسُوغُ لأحدٍ أن يقول : إن إقراضه مَكروهٌ ؟ ولأن المعروف بحسن القضاء خيرُ الناس ، وأفضلُهم . وهو أولى الناس بقضاء حاجته ، وإجابةِ مَسْألته ، وتفريج كُرْبَتِهِ . فلا يجوز أن يكون ذلك مكروهاً . وإنما يمنعُ من الزيادة المشروطة . ولو أقرضه مكسّرةً ، فجاءهمكانها بصحاحٍ بغير شرط جازَ . وإن جاءه بصحاح أقلّ منها ، فأخذها بجميع حقّه لم يَجُز ، قولاً واحداً . لأنّ ذلك معاوَضةٌ للنقد بأقلّ منه ، فكان رِباً .

٣٢٢٣ (فصل) وإن شرط فى القرض أن يُوفّيه أنقصَ ممّا أقرضه ، وكان ذلك ممّا يجرى فيه الرّبا لم يَجُز ، لإفضائه إلى فوات المماثلة فيما هى شرط فيه . وإن كان فى غيره لم يجُز أيضاً . وهو أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، وفى الوجه الآخر : يجوز . لأن القرض جُعِل للرفق بالمستقرض ، وشرطُ النقصان لا يُخرجُه عن موضوعه ، بخلاف الزيادة .

ولنا : أن القرض يقتضى المِثْلَ . فشرطُ النقصان يخالفُ مُقتضاه ، فلم يَجُز ، كشرط الزيادة .

٣٢٢٤ (فصل) ولو اقترض من رجل نصفَ دينار ، فدفع إليه ديناراً صحيحاً ، وقال : نصفه قضاء ، ونصفه وَدِيعةٌ عندك ، أو سَلَماً فى شىء صحّ ، وإن امتنع المقرضُ من قبوله فله ذلك ، لأنّ عليه فى الشركة

---

(١) السفتجة : أن يعطى مالا لشخص ويكون لهذا الشخص مال فى بلد آخر ، فيعطيه ماله فى البلد الآخر فيستفيد أمن الطريق .

(٢) أو قضاه فى بلد آخر : يعنى من غير سفتجة ولا كتابة .

ضرراً ، ولو اشترى بالنصف الثانى من الدينار سِلْعَةً جازَ ، إلاَّ أن يكون ذلك عن مُشَارَطَةٍ ، فقال : أقضيك صحيحاً بشرط أنى آخذ منك بنصفه الباقى قميصاً ، فإنه لا يجوز ، لأنه لم يدفع إليه صحيحاً ، إلا ليعطيه بالنصف الباقى فضلَ ما بين الصحيح ، والمكسور ، من النصف المَقْضِىّ ، ولو لم يكن شرطاً جاز ، فإن ترك النصفَ الآخرَ عنده وديعةً جاز ، وكانا شريكين فيه ، وإن اتفقا على كسره كسّراه ، فإن اختلفا لم يُجْبَر أحدهما على كَسْرِه ، لأنه ينقصُ قيمتَه .

٣٢٢٥ (فصل) ولو أفلس غريمُه ، فأقرضه ألفاً ليُوَفِّيه كلَّ شهر شيئاً معلوماً جاز ، لأنّه إنما انتفع باستيفاء ما هو مستَحَقّ له ، ولو كان له عليه حِنْطَةً فأقرضه ما يشترى به حِنْطَةً يوفّيه إيّاها لم يكن مُحَرما لذلك . ولو أراد رجل أن يبعث إلى عيالِه نفقةً فأقرضها رجلاً على أن يَدْفَعها إلى عِيالِه فلا بأس ، إذا لم يأخذ عليها شيئاً ولو أقرض أَكّارَه[1] ما يَشْتَرى به بقراً يَعْمَلُ عليها فى أرْضه ، أو بذراً يبذُره فيها ، فإن شرط ذلك فى القرض لم يجُز ، لأنه شرط ما ينتفع به ، فأشبه شرط الزيادة ، وإن لم يكن شرطاً فقال ابن أبى موسى : لا يجوز ، لأنّه قرضٌ جَرَّ منفعةً ، قال : ولو قال : أقرضنى ألفاً وادْفَعْ إلىَّ أرضَكَ أزْرَعْها بالثلُث ، كان خَبِيثاً ، والأولى جوازُ ذلك ، إذا لم يكن مشروطاً ، لأنّ الحاجَة داعيةٌ إليه . والمستقرضُ إنّما يقصِدُ نفعَ نفسه ، وإنما يحصلُ انتفاع المُقْرِض ضِمناً . فأشبه أخذَ السُّفْتَجَةِ به ، وإيفاءه فى بلد آخرَ ، ولأنّه مصلحةٌ لهما جميعاً ، فأشبه ما ذكرنا .

٣٢٢٦ (فصل) قال أحمد فيمن اقترض من رجل دراهم ، وابتاع بها منه شيئاً ، فخرجت زُيُوفاً : فالبيعُ جائزٌ ، ولا يرجعُ عليه بشىء . يعنى لا يرجعُ البائعُ على المشترى ببدَل الثمن . لأنها دراهمُه ، فعيبُها عليه ، وإنما له على المشترى بدلُ ما أقرضه إيّاه بصفته زُيُوفاً . وهذا يحتملُ أنّه أراد فيما إذا باعه السلعة بها ، وهو يعلمُ عَيْبَها . فأما إن باعه فى ذمّته بدراهم ، ثم قبض هذه بدلاً عنها غيرَ عالمٍ بها . فينبغى أن يجب له دراهمُ خاليةٌ من العَيْب ، ويرد هذه عليه ، وللمشترى رَدّها على البائع ، وفاء عن القرض . ويبقى الثمنُ فى ذمّته . وإن حسبها على البائع وفاء عن القرض ، ووفّاه الثمن جَيِّداً جاز . قال : ولو أقرض رجلاً دراهم ، وقال : إذا مِتُّ فأنتَ فى حِلٍّ كانت وصيّة . وإن قال : إن متُّ فأنت فى حِلٍّ لم يصحّ . وذلك لأن هذا إبراء معلّق على شرط ، ولا يصح تعليقه على الشروط . والأوّل وصيّة . لأنّه علّق ذلك على موت نفسه : والوصيةُ جائزة . قال : ولو أقرضه تسعين ديناراً بمائةٍ عدداً ، والوزنُ واحدٌ ، وكانت لا تَنفَق فى مكانٍ إلاّ بالوزن جاز ، وإن كانت تَنفق برءوسها ، فلا . وذلك لأنها إذا كانت تَنفق فى مكان برءوسها كان ذلك زيادةً لأنّ التسعين من المائة تقومُ مقام التسعين التى أقرضه إيّاها ، ويستفضلُ عشرةً . ولا يجوزُ اشتراطُ الزيادة . وإذا كانت لا تَنفَقُ إلاّ بالوزن ، فلا زيادة فيها ، وإن كثُر عدَدُها . قال : ولو قال

(١) الأكار : الحراث زارع الأرض بالأجر ، أو ببعض ما يخرج منها .

اقترض لى من فلانٍ مائةً ، ولك عشرةٌ . فلا بأس ، ولو قال : اكفُلْ عنّى ، ولك ألفٌ ، لم يجُز . وذلك لأن قوله : اقترض لى ولك عشرة جَعَالةٌ على فِعْلٍ مُباحٍ ، فجازت ، كما لو قال : ابن لى هذا الحائط ، ولك عشرة . وأما الكَفَالَةُ فإنّ الكفيلَ يلزمه الدَّيْن . فإذا أدّاه وجب له على المكفول عنه . فصار كالقرض . فإذا أخذ عِوَضاً صار القرضُ جارًّا للمنفعةِ ، فلم يجُز .

٣٢٢٧ (فصل) قد ذكرنا أن المستقرض يرد المِثْلَ فى المِثْليّات ، سواء رَخُصَ سعرُه أو غلا ، أو كان بحاله . ولو كان ما أقرضه موجوداً بعينه ، فردّه من غير عيب يحدُث فيه ، لزم قبولُه ، سواء تغيّر سعرُه ، أو لم يتغيّر ، وإن حدث به عيب لم يلزمهُ قبولهُ ، وإن كان القرض فلوساً ، أو مكسّرةً ، فحرّمها السلطان ، وتُركت المعاملة بها . كان للمقرض قيمتُها . ولم يلزمه قبولُها ، سواء كانت قائمةً فى يده ، أو استهلكها . لأنها تعيّبت فى مِلكه . نصّ عليه أحمد فى الدراهم المكسّرة . وقال : يُقوّمها كم تساوى يومَ أخذَها ؟ ثم يُعطيه ، وسواء نقصت قيمتُها قليلاً ، أو كثيراً . قال القاضى : هذا إذا اتفق الناسُ على تركها . فأمّا إن تعامَلُوا بها مع تحريم السلطان لها لزمهُ أخذُها ، وقال مالك ، والليث بنُ سعد ، والشافعىّ : ليس له إلا مثلُ ما أقرضه . لأنّ ذلك ليس بعيب حدَث فيها . فجرى مجرى نقص سعرِها .

ولنا : أن تحريم السلطان لها مَنَع إنفاقها ، وأبطل ماليّتها . فأشبه كَسْرها ، أو تلف أجزائها . وأما رخصُ السعر فلا يمنعُ رَدّها ، سواء كان كثيراً ، مثل أن كانت عشرة بدَانِق[1] فصارت عشرين بدانق ، أو قليلاً . لأنّه لم يحدُث فيها شىء ، إنّما تغيّر السعرُ فأشبه الحنطة إذا رَخُصَتْ ، أو غَلَتْ .

٣٢٢٨ (فصل) وإذا أقرضه ما لحمله مُؤْنةٌ ، ثم طالبه بمثله ببلدٍ آخرَ لم يلزمْهُ ، لأنّه لا يلزمه حملُه له إلى ذلك البلد ، فإن طالبه بالقيمة لزمَهُ ، لأنّه لا مُؤْنةَ لحملها فإن تبرّع المستقرضُ بدفع المثل ، وأبى المقرض قبولَه ، فله ذلك ، لأنّ عليه ضرراً فى قبضه ، لأنّه ربّما احتاج إلى حمله إلى المكان الذى أقرضه فيه ، ولهُ المطالبة بقيمة ذلك فى البلد الذى أقرضه فيه ، لأنه المكان الذى يجبُ التسليمُ فيه ، وإن كان القرض أثماناً ، أو ما لا مُؤْنَةَ فى حمله ، وطالبه بها وهما ببلدٍ آخرَ ، لزمهُ دفعهُ إليه ، لأنّ تسليمه إليه فى هذا البلد وغيره واحدٌ .

٣٢٢٩ (فصل) وإن أقرض ذمىٌّ ذمّيّاً خمراً ، ثم أسلما ، أو أحدُهما . بطل القرضُ . ولم يجب على المقترض شىء ، سواء كان هو المسلم ، أو الآخر . لأنّه إذا أسلم لم يجُز أن يجب عليه خمرٌ . لعدم ماليّتها . ولا يجبُ بدلها لأنها لا قيمةَ لها . ولذلك لا يضمنها إذا أتلفها . وإن كان المسلم الآخر لم يجب له شىء لذلك .

---

(١) الدانق : بكسر النون أكثر من فتحها سدس الدرهم .

كتاب الرهن

الرهنُ في اللغة : الثبوتُ والدّوام . يقال : ماءٌ راهنٌ ، أي راكد ، ونعمة راهنةٌ ، أي ثابتة ، دائمة ، وقيل : هو من الحبس . قال الله تعالى (٥٢ : ٢٢ كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ) وقال(٧٤ : ٣٨ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ) وقال الشاعر :

وَفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لاَ فَكَاكَ لَهُ يَوْمَ الوَدَاعِ فَأَضْحَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا

شبه لزومَ قلبه لها ، واحتباسَه عندها ، لشدّة وجده بها : بالرهن الذى يلزمه المرتهن ، فيُبقيه عنده . ولا يُفارقه . وغَلَقُ الرَّهْنِ : استحقاقُ المُرْتَهِنِ إيّاه ، لعجز الراهن عن فَكَاكه[1] والرهنُ في الشرع : المالُ الذى يُجْعَلُ وثيقةً بالدين ، ليُستوفى من ثمنه إن تعذّر استيفاؤه ممّن هو عليه. وهو جائز بالكتاب ، والسنّة ، والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٢ : ٢٨٣ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرُهُنٌ مَقْبُوضَةٌ) وتقرأ (فَرِهَانٌ) والرِّهانُ جمع رَهْنٍ . والرهُنُ جمع الجمع . قاله الفرّاء ، وقال الزجّاج : يحتملُ أن يكون جمع رَهْن . مثل سَقْفٍ وسُقُفٍ .

وأما السنّة : فروت عائشةُ رضى الله عنها « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسلّم اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَاماً وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ » متفق عليه ، ورَوى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلّى الله عليه وسلم « الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ ، إِذَا كَانَ مَرْهُوناً ، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ ، إِذَا كَانَ مَرْهُوناً ، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ : النَّفَقَةُ » رواه البخاريّ ، وعن أبى هريرة رضى اللهُ عنه أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ[2] » وأما الإجماع : فأجمع المسلمونَ على جواز الرهن ، في الجملة .

٣٣٣٠ (فصل) ويجوز الرهنُ في الحَضَر ، كما يجوز في السفر . قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً خالف في ذلك ، إلا مُجاهداً . قال : ليس الرهنُ إلاّ في السفر . لأن الله تعالى شرط السفر في الرهن بقوله تعالى (وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ)

---

(١) كان هذا في الجاهلية ، إذا عجز الراهن عن دفع ماعليه للمرتهن أصبح الرهن ملكا له ، وقد أبطل الإسلام هذا العمل ، وجعل الرهن لا يغلق ، أى لا يستحق للمرتهن بسبب عجز الراهن عن دفع ما عليه ، وسيأتى الحديث الذى يدل على ذلك بعد سطور وهو قوله صلى الله عليه وسلم (لا يغلق الرهن) .

(٢) هذا هو الحديث الذى نبهنا إليه منذ قليل وهو الحديث الذى أبطل فعل الجاهلية من استيلاء المرتهن على الرهن إذا عجز الراهن عن السداد .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم « اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَاماً وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ » وكانا بالمدينة . ولأنّها وثيقة تجوزُ فى السفر . فجازت فى الحضر ، كالضمان ، فأما ذكر السفر فإنّه خرّج مخرّج الغالب ، لـكون الـكاتب يُعْدَم فى السفر غالباً . ولهذا . لم يُشترط عدم الـكاتب ، وهو مذكور معه أيضاً .

٣٢٣١ (فصل) والرهن غيرُ واجب . لا نعلم فيه مُخالفاً . لأنّه وثيقةٌ بالدين . فلم يجب ، كالضمان ، والـكتابة ، وقول الله تعالى (فَرِهَانٌ مَقْبُوضَـةٌ) إرشاد لنا ، لا إيجاب علينا . بدليل قول الله تعالى (فَإِن أَمِنَ بَعْضُـكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ) ولأنه أمر به عند إعواز الـكتابة . والـكتابةُ غيرُ واجبة . فـكذلك بدلُها .

٣٢٣٢ (فصل) ولا يخلو الرهنُ من ثلاثة أحوال :

أحدها: أن يقع بعد الحقّ . فيصحّ بالإجماع ، لأنه دينٌ ثابتٌ تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به ، فجاز أخذها به ، كالضمان . ولأن الله تعالى قال (وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَـةٌ) فجعله بدلاً عن الـكتابة . فيـكونُ فى محلّها ، ومحلّها بعد وجوب الحقّ ، وفى الآية ما يدلّ على ذلك وهو قوله (إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَـلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ) فجعله جزاء للمُداينة ، مذكوراً بعدها ، بفاء التعقيب .

الحال الثانى : أن يقع الرهنُ مع العقد الموجِب للدين ، فيقول : بعتُكَ ثوبى هذا بعشرةٍ إلى شهرٍ . تَرْهَنُنِى بها عَبْدَكَ سَعْداً . فيقول : قبلتُ ذلك . فيصحّ أيضاً ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، لأن الحاجة داعيةٌ إلى ثبوته . فإنّه لو لم يعقده مع ثبوت الحقّ ، وَيشترطْ فيه لم يتمكّن من إلزام المشترى عقده ، وكانت الخيرَةُ إلى المشترى ، والظاهرُ . أنه لا يبذلُه ، فتفوتُ الوثيقةُ بالحقّ .

الحال الثالث : أن يرهنه قبل الحقّ ، فيقول : رَهَنْتُكَ عَبْدِى هـذَا بِعَشَرةٍ تُقرِضُنِيها . فلا يصحّ فى ظاهر المذهب . وهو اختيارُ أبى بـكر ، والقاضى . وذكر القاضى : أن أحمد نصّ عليه فى رواية ابن منصور . وهو مذهبُ الشافعىّ . واختار أبو الخطّاب : أنه يصحّ . فمتى قال : رهنتُكَ ثوبى هـذا بعشرةٍ تُقرِضُـنِيها غداً ، وسلّمه إليه ، ثم أقرضه الدراهم لزم الرهنُ . وهو مذهبُ مالك ، وأبى حنيفة . لأنّه وثيقةٌ بحقّ . فجاز عقدُها قبلَ وجوبه ، كالضمان ، أو فجاز انعقادُها على شىء يَحْدُث فى المستقبل ، كضمان الدَّرك .

ولنا : أنه وثيقةٌ بحقّ لا يلزمُ قبـلَه . فلم تصحّ قبـلَه ، كالشهادة . ولأنّ الرهن تابع للحقّ ، فلا يسبقُه ، كالشهادة . والثمنُ لا يتقدّم البيعَ ، وأما الضمانُ ، فيحتملُ أن يمنع صحتّه ، وإن سلمّنا فالفرقُ بينهما أن الضمانَ التزامُ مالٍ تبرُّعاً بالقول ، فجاز من غير حقّ ثابت ، كالنذر ، بخلاف الرهن .

٣٣٣٣ « مسألة » قال ﴿ ولا يصح الرهنُ إلا أن يكون مقبوضاً من جائز الأمر ﴾

يعني لا يلزم الرهن إلا بالقبض . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعيّ . وقال بعض أصحابنا : ما كان مَكيلاً ، أو موزوناً لا يلزم رهنُه إلاّ بالقبض ، وفيما عداهما روايتان .

إحداهما : لا يلزمُ إلاّ بالقبض ، والأخرى : يلزم بمجرّد العقد ، كالبيع ، وقد نصّ أحمدُ على هذا في رواية الميمونيّ ، وحمل القاضي كلامَ الخِرَقيّ على المَكيل ، والموزون خاصّةً . وليس بصحيح . فإن كلام الخِرَقيّ مع عمُومه قد أتبعه بما يدلّ على إرادة التعميم ، وهو قوله : فإن كان مما يُنقَل ، فقبضُه أخذُه إيّاه من راهنه مَنقولاً ، وإن كان مما لا يُنقل ، كالدُّور ، والأَرَضِينَ ، فقبضُه بتخلية راهنه بينه ، وبينه . وقال أحمد : في الدار والجارية إذا ردّها إلى الراهن لم يكن رَهْناً في الحال . وهذا كقول الخِرَقيّ ، وقال مالك : يلزم الرهنُ بمجرّد العقد قبل القبض . لأنه عقدٌ يلزم بالقبض ، فلزم قبله كالبيع .

ولنا : قول الله تعالى (فَرُهُنٌ مَقْبُوضَةٌ) وصفها بكونها مقبوضةً . ولأنه عقدُ إرفاقٍ يفتقر إلى القبول ، فافتقر إلى القبض كالقَرْض . ولأنه رهن لم يُقبض ، فلا يلزمُ إقباضُه ، كما لو مات الراهنَ . ولا يُشبه البيعَ . فإنّه معاوضةٌ ، وليس بإرفاق. وقول الخِرَقيّ « مِنْ جَائِزِ الأَمْرِ » يعني أن الراهن الذي يرهنُ ، ويقبِضُ يكون جائز التصرّف في ماله . وهو الحرّ المكلّف الرشيدُ ، ولا يكون محجوراً عليه لصغرٍ ، أو جنونٍ ، أو سَفَهٍ ، أو فَلَسٍ ، ويُعتبر ذلك في حال رَهْنه ، وإقباضه . لأن العقد ، والتسليمَ ليس بواجبٍ . وإنما هو إلى اختيار الراهن ، فإذا لم يكن له اختيارٌ صحيحٌ لم يصحّ ، ولأنه نوع تصرّف في المال ، فلم يصحّ من المحجور عليه من غير إذنٍ ، كالبيع . فإن جُنّ أحدُ المتراهِنَيْنِ قبل القبض، أو مات، لم يبطلُ الرهنُ . لأنّه عقدٌ يؤول إلى اللزوم ، فلم يبطُل بجنون أحدِ المتعاقدين ، أو موته ، كالبيع الذي فيه الخيارُ . ويقومُ وليُّ المجنون مَقامَه . فإن كان المجنونُ الراهنَ ، وكان الحظُّ في التقبيض ، مثل أن يكون شرطا في بيع يَسْتَضِرُّ بفسخه ، ونحوه ، أقبَضهُ . وإن كان الحظُّ في تركه لم يجُز له تَقْبِيضُه . وإن كان المجنونُ المرتَهِنَ قبضه وليُّه إن اختار الراهنُ ، وإن امتنع لم يُجْبَرْ . وإذا مات قام وارثُه مَقامه في القبض . فإن مات الراهنُ لم يلزم وَرثَته تقبيضُه ، لأنّهم يقومون مَقام الراهن ، ولم يلزمه ذلك . فإن لم يكن على الميّت دينٌ سوى هذا الدين ، فأحبّ الورثةُ تقبيضَ الرهن جاز ، وإن كان عليه دينٌ سواه ، فظاهر المذهب : أنه ليس للوارث تخصيصُ المرتهن بالرّهْن ، نصّ عليه أحمد . في رواية عليّ بن سعيد ، وهو مذهب الشافعيّ ، وذكر القاضي فيه روايةً أخرى : أنّ لهم ذلك ، أخذاً مما نقل ابنُ منصور ، وأبو طالب ، عن أحمد : أنّه قال : إذا مات الراهنُ أو أفلس ـ فالمرتهنُ أحقُّ به من الغُرَمَاء ، ولم يَعتبِرْ وجودَ القبض بعد الموت ، أو قبله . وهذا لا يعارض ما نقله عليّ بن سعيد ، لأنّه خاصّ وهذا عامّ ، والاستدلالُ به على هذه الصورة

يَضْعُف جدًّا لنُدْرتها . فكيف يُعارَض به الخاصّ ؟ لكن يجوز أن يكون هذا الحكم مبنيًّا على الرواية التى لا يُعتبر فيها القبض فى غير المكيل ، والموزون ، فيكون الرهنُ قد لزم قبل القبض ، ووجب تقبيضُه على الراهن . فكذلك على وارثه . ويختصّ هذا بما عدا المَكيل ، والموزون ، وأما مالم يلزم الرهنُ فيه ، فليس للورثة تقبيضُه . لأنّ الغرماء تعلّقت ديونُهم بالتركة قبل لزوم حقّه فى الرهن . فلم يَجُز تخصيصُه به ، بغير رضاهم ، كما لو أفلس الراهنُ ، إلا إذا قلنا : إنّ للورثة التصرّفَ فى التركة ، ووفاء الدين من أموالهم .

فإن قيل : فما الفائدةُ فى القول بصحّة الرهن ، إذ لم يختصّ به المرتهنُ ؟

قلنا : فائدته : أنه يحتمل أن يرضى الغرماء بتسليمه إليه ، فيتمّ الرهنُ . ولا فرق فى جميع ما ذكرناه بين ما قبل الإذن فى القبض ، وما بعده . لكون الإذن يَبْطُل بالجنون ، والموت ، والإغماء ، والحجْر .

٣٢٣٤ (فصل) ولو حُجِرَ على الراهن لفَلَسٍ قبل التسليم ، لم يكن له تسليمُه . لأنّ فيه تخصيصاً للمرتهِن بثمنه . وليس له تخصيصُ بعض غُرمائه . وإن حُجِرَ عليه لِسفَهٍ ، فحكمُه حكمُ ما لو زال عقلُه بجنون ، على ما أسلفناه . وإن أُغْمِى عليه لم يكن للمرتهن قبضُ الرهن . وليس لأحدٍ تقبيضُه . لأنّ المُغْمَى عليه لا ولايةَ عليه . وإن أُغْمِىَ على المرتهن لم يكن لأحدٍ أن يقوم مقامه فى قبض الرهن أيضاً . وانْتُظِرَ إفاقَتُه ، وإن خَرِسَ ، وكانت له كتابة مفهومة ، أو إشارة معلومة ، فحكمُه حكمُ المتكلِّمين ، إن أذن فى القبض جاز ، وإلاّ فلا . وإن لم تُفهم إشارتُه ، ولا كتابتُه ، لم يجُز القبضُ ، وإن كان أحدُ هؤلاء قد أذن فى القبض ، فحكمُهُ حكمُ مَنْ لم يأذن . لأنّ إذنَهم يَبْطُل بما عَرضَ لهم . وجميعُ هذا تناوله قولُ الخِرَقىّ « مِنْ جَائِزِ الأَمْرِ » وليس أحد من هؤلاء جائز الأمر .

٣٢٣٥ (فصل) إذا تصرّف الراهنُ فى الرهن قبل القبض بهِبَةٍ ، أو بيعٍ ، أو عِتْقٍ أو جعله صداقا ، أو رهنه ثانياً بطل الرهنُ الأوّل ، سواء قبض الهِبَة ، والمبيعَ ، والرهنَ الثانىَ ، أو لم يقبِضْهُ . لأنّه أخرجه عن إمكان استيفاء الدين من ثمنه ، أو فعل ما يدلّ على قصده ذلك . وإن دَبَّرَ العبدَ ، أو أجّره ، أو زَوّجَ الأمةَ ، لم يَبْطُل الرهن . لأنّ هذا التصرّف لايمنعُ البيع . فلا يمنعُ صحّةَ الرهن . ولأنه لايمنعُ ابتداء الرهن ، فلا يقطع استدامتَه ، كاستخدامه . وإن كاتبَ العبدَ انبنى على صحّة رهن المُكاتَب . فإن قلنا : يجوزُ رهنُه . لم يبطل رَهْنُه . وإن قلنا : لا يجوزُ رَهْنُه . بطل رَهْنُه كما لو أعتقه .

٣٢٣٦ (فصل) واستدامة القبض شرطٌ للزوم الرهن . فإذا أخرجه المرتهنُ عن يده باختياره

زال لزومُ الرهن ، وبقى العقدُ كأنه لم يوجد فيه قبض ، سواء أخرجه بإجارةٍ ، أو إعارةٍ ، أو إيداعٍ ، أو غير ذلك . فإذا عاد فردّه إليه عادَ اللزوم بحُكم العقدِ السابق . قال أحمد فى رواية ابن منصور : إذا ارتهن داراً ، ثم أكراها صاحبُها خرجت من الرّهنِ . فإذا رجعت إليه صارتْ رَهْناً . وقال فيمن رَهن جاريةً ، ثم سأل المرتهنَ أن يَبْعثَها إليه لتَخْبِزَ لهم ، فبعث بها ، فَوَطِئها انتقلت من الرَّهْنِ . فإن لم يكن وَطِئَها فلا شىء ، قال أبو بكر : لا يكونُ رَهْناً فى تلك الحال . فإذا ردّها رجعت إلى الرّهن . وممّن أوجب استدامة القبض : مالك ، وأبو حنيفة . وهذا على القول الصحيح . فأما على قول مَنْ قال : ابتداء القبض ليس بشرط . فأولى أن يقول : الاستدامةُ غيرُ مُشترَطةٍ . لأنّ كلّ شرط يُعتبر فى الاستدامة يُعتبَرُ فى الابتداء ، وقد يُعتبر فى الابتداء ما لا يُعتبر فى الاستدامة . قال أبو الخطّاب : إذا قلنا : القبضُ شرط فى الابتداء كان شَرْطاً فى الاستدامة ، وقال الشافعىّ : استدامةُ القبض ليست شرطاً . لأنّه عقدٌ يُعتبر القبضُ فى ابتدائه . فلم يُشترط استدامتُه ، كالهبة .

ولنا : قول الله تعالى (فَرُهُنٌ مَقْبُوضَةٌ) لأنها إحدى حالتى الرهن . فكان القبض فيها شرطاً ، كالابتداء ، ويُفارق الهِبَةَ . لأنّ القبض فى ابتدائها يُثْبِتُ الملك ، فإذا ثبت استغنَى عن القبض ثانياً ، والرهنُ يُرَادُ للوثيقة ليتَمكّنَ من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه . فإذا لم يكن فى يده لم يتمكن من بيعه ، ولم تحصُل وثيقةٌ . وإن أزيلت يد المرتهن لغير حقٍّ ، كغصبٍ ، أو سرقةٍ ، أو إباقِ العَبْد ، أو ضياع المتاع ، ونحو ذلك ، لم يَزُلْ لزومُ الرهن . لأنّ يده ثابتةٌ حُكما ، فكأنها لم تَزُلْ .

٣٢٣٧ (فصل) وليس للمرتهن قبضُ الرهن إلاّ بإذن الراهن . لأنه لا يلزمُه تقبيضُه ، فاعتُبر إذْنه فى قبضه ، كالراهن ، فإن تعدّى المرتهنُ ، فقبضه بغير إذنٍ لم يثبُت حكمُه ، وكان بمنزلةِ من لم يَقبِضْ . وإن أذن الراهنُ فى القبض ، ثم رجع عن الإذن قبله ، زال حكم الإذن . وإن رجع عن الإذن بعد قبضه ، لم يؤثّر رجوعُه . لأنّ الرهن قد لزم لاتصالِ القبض به . وكلّ موضع زال لزومُ الرهن لزوال القبض اعتُبر الإذنُ فى القبض الثانى . لأنه قبضٌ يلزم به الرهنُ . أشبَه الأول . ويقومُ ما يدلّ على الإذن مَقامَه ، مثلُ إرساله العبدَ إلى مُرْتَهِنِه ، وردِّه لما أخذه من المرتهن إلى يده ، ونحو ذلك . لأنّ ذلك دليلٌ على الإذن . فاكتُفِى به ، كدعاء الناس إلى الطعام ، وتقديمه بين أيديهم ، يجرى مَجْرَى الإذن فى أكله .

٣٢٣٨ « مسألة » قال ﴿ والقبض فيه من وجهين . فإن كان مما ينقل فقبض المرتهن له أخذه إيّاه من راهنه منقولا ، وإن كان مما لا ينقل ، كالدور والأرضين ، فقبضه تخليةُ راهنه بينه وبين مرتهنه ، لا حائلَ دونه ﴾ .

وجملة ذلك : أن القبض فى الرهن كالقبض فى البيع والهِبَة ، فإن كان منقولاً فقبضُه نقلُه ، أو تناولهُ .

وإن كان أثماناً ، أو شيئاً خفيفاً يمكن قبضُه باليد ، فقبضُه تناولُه بها ، وإن كان مَكيلاً رهنه بالكيل ، أو موزوناً رهنه بالوزن ، فقبْضُهُ اكتيالُه ، أو اتّزانُه . لقول النبيّ صلىّ الله عليه وسلم « إِذَا سَمَّيْتَ الْكَيْلَ فَكِلْ » وإن ارتهن الصُّبْرَةَ جزَافاً ، أو كان ثياباً أو حيواناً فقبضُه نقلُه . لقول ابن عمر : « كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافاً فَنَهَانَا النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وسَلَّمَ أن نَبيعَه حتّى نَنْقُلَهُ مِنْ مكانِهِ» متفق عليه . وإن كان الرهنُ غيرَ منقول ، كالعقار ، والثمرة على الشجرة ، فقبضُه التخليةَ بين مُرْتَهِنِهِ وَبَينَه ، من غير حائلٍ ، بأن يَفتَح له باب الدار . أو يُسَلّم إليه مِفتاحها . وإن خلّى بينه وبينها ، وفيها قُماشٌ للراهن ، صحّ التسليمُ . لأنّ اتّصالها بملك الراهن لا يمنعُ صحّةَ التسليمِ ، كالثمرة فى الشَّجَرةِ . وكذلك لو رهنه دابّةً عليها حِملٌ للراهن ، فسلّمها إليه ، صحّ التسليمُ . ولو رهن الحِمْل وهو على الدابّة ، وسلّمها إليه بحملها ، صحّ القبضُ . لأنّ القبضَ حَصَلَ فيهما جميعاً . فيكونُ موجوداً فى الرهن منهما .

٣٢٣٩ (فصل) وإن رهنه سَهْماً مُشاعاً ممّا لا يُنقلُ ، خلّى بينه ، وبينه، سواءٌ حضر الشريكُ ، أو لم يحضُر . وإن كان منقولاً ، كالجوهرة يُرْهَنُ نصفُها ، فقبضُها تناوُلها ، ولا يمكن تناوُلها إلاّ برضا الشريك . فإن رضى الشريكُ تناوَلها . وإن امتنع الشريكُ فرضى المرتهنُ ، والراهنُ بكونها فى يد الشريك جاز . وناب عنه فى القبض . وإن تنازع الشريكُ والمرتهنُ نصبَ الحاكم عَدْلاً تكونُ فى يده لهما . وإن ناولها الراهنُ للمرتهن بغير رِضَا الشريك فتناولَها . فإن قلنا : استدامةُ القبض شرط . لم يكفه ذلك التناوُل ، وإن قلنا : ليس بشرط فقد حصل القبضُ . لأنّ الرهنَ حصل فى يده مع التعدّى فى غيره . فأشبه مالو رهنه ثوباً ، فسلّمه إليه مع ثوبٍ لغيره ، فتناوَلها معاً . ولو رهنه ثوباً ، فاشتبه عليه بغيره ، فسلّم إليه أحدَهما لم يثبُت القبضُ . لأنّه لا يعلمُ أنّه أقبضه الرهنَ . فإن تبيّن أنه الرهنُ تبيّن صحّة التسليم ، وإن سلّم إليه الثوبين معاً حصل القبضُ ، لأنه قد تسلّم الرهنَ يقيناً .

٣٢٤٠ (فصل) ولو رهنه داراً ، فخلّى بينه ، وبينها ، وهما فيها ، ثم خرج الراهنُ صحّ القبضُ . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لا يصحّ حتّى يُخَلِّيَ بينَهُ وبينَها بعد خروجه منها . لأنّه ما كان فى الدار فيَدُه عليها ، فما حصلت التَّخْلِيَةُ .

ولنا : أن التخلية تصحّ بقوله مع التمكين منها وعدم المانع . فأشبه ما لو كانا خارجين عنها . ولا يصحّ ما ذكره ، ألا ترى أنّ خروج المرتهن منها لا يُزيلُ يدَه عنها ، ودخولُه إلى دار غيره لا يُثْبِتُ يدَه عليها ؟ ولأنّه بخروجه عنها مُحَقِّق لقوله . فلا معنى لإعادة التخلية .

٣٢٤١ (فصل) وإن رهنه مالاً له فى يد المرتهن عاريةً ، أو وَدِيعَةً ، أو غَصْباً ، أو نحوَه ، صحّ

الرهنُ . لأنّه مالكٌ له ، يمكن قبضُه . فصحّ رهنُه ، كما لو كان فى يده . وظاهر كلام أحمد : لزومُ الرهن بنفس العقد من غير احتياج إلى أمر زائد . فإنَّه قال : إذا حصلت الوديعةُ فى يده بعد الرهن فهو رهنٌ . فلم يُعتبر أمراً زائداً ، وذلك لأن اليد ثابتةٌ ، والقبضَ حاصلٌ : وإنما يتغيرُ الحكم لا غيرُ . ويمكن تغيّر الحكم مع استدامة القبض ، كما لو طولب بالوديعة فجحَدَها ، لتغيّر الحكم ، وصارت مضمونةً عليه من غير أمرٍ زائدٍ ، ولو عاد الجاحدُ فأقرّ بها ، وقال لصاحبها : خُذْ وَديعتَكَ ، فقال : دَعْها عندك وديعةً كما كانت ، ولا ضمان عليك فيها ، لتغيّر الحكم من غير حُدوث أمرٍ زائد . وقال القاضى ، وأصحابُ الشافعىّ : لا يصيرُ رهناً حتّى تمضى مُدَّة يتأتى قبضُه فيها، فإن كان منقولاً فبمضىّ مُدةً يمكن نقله فيها . وإن كان مكيلاً فبمضىّ مدّة يمكن اكتياله فيها ، وإن كان غيرَ منقول فبمضى مُدَّة التخلية ، وإن كان غائباً عن المرتهن لم يصرْ مقبوضاً حتّى يُوافيه هو ، أو وكيلُه ، ثم تمضى مدّة يمكنُ قبضُه فيها. لأن العقد يفتقر إلى القبض . والقبضُ إنما يحصلُ بفعله ، أو بإمكانه . ويكفى ذلك ، ولا يحتاجُ إلى وجود حقيقة القبض . لأنه مقبوضٌ حقيقةً . فإن تلف قبل مضىّ مدّة يتأتّى قبضُه فيها، فهو كتلف الرهن قبل قبضه. ثمّ هل يفتقر إلى الإذن من الراهن فى القبض ؟ يحتملُ وجهين :

أحدهما : يفتقر . لأنّه قبضٌ يلزم به عقدٌ غيرُ لازم . فلم يحصُلْ بغير إذن ، كما لو كان فى يد الراهن . وإقراره فى يده لا يكفى . كما لو أقرَّ المغصوبُ فى يد غاصبه مع إمكان أخذه منه .

والثانى : لا يفتقر إلى إذن فى القبض . لأنّ إقراره له فى يده بمنزلةِ إذنِهِ فى القبض . فإن أذن له فى القبض ، ثم رجع عنه قبل مضىّ مدّة يتأتى القبضُ فيها ، لم يلزم الرهنُ ، حتى يعودَ فيأذنَ ، ثم تمضى مُدّةٌ يَقْبِضُهُ فى مثلها .

٣٢٤٢ (فصل) فإذا رهنه المضمون ، كالمغصوب ، والعارية ، والمقبوض فى بيع فاسدٍ ، أو على وجه السَّوْمِ ، صحّ ، وزالَ الضمانُ . وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة ، وقال الشافعىّ : لا يزول الضمانُ . ويثبُت فيه حُكم الرهن . والحكم الذى كان ثابتاً فيه يبقى بحالهِ . لأنّه لا تنافىَ بينهما . بدليل أنه لو تعدّى فى الرهن صار مضموناً ضمانَ الغَصْب . وهو رهنٌ كما كان . فكذلك ابتداؤه . لأنّه أحدُ حالتى الرهن.

ولنا : أنه مأذون له فى إمساكه رهناً لم يتجدّد منه فيه عُدوانٌ . فلم يضمنْهُ ، كما لو قبضه منه ، ثم أقبضه إيّاه ، أو أبرأه من ضمانه . وقولهم : لا تنافى بينهما ممنوع . فإن الغاصب يدهُ عاديةٌ يجبُ عليه إزالتُها ، ويد المرتهن مُحِقّة جعلَها الشرعُ له ، ويدُ المرتهن يدُ أمانةٍ . ويدُ الغاصب ، والمستعير ، ونحوهما يدٌ ضامِنَةٌ . وهذان مُتَنافيان . ولأن السبب المقتضى للضمان زال ، فزال الضمانُ لزواله ، كما لو ردّه إلى مالكه . وذلك لأن سبب الضمان الغصبُ ، والعاريةُ ، ونحوُهما . وهذا لم يبق غاصباً ، ولا مستعيراً ،

ولا يبقى الحكم مع زوال سببه ، وحدوث سبب يُخالف حكمه حكمه . وأما إذا تعدّى فى الرهن ، فإنه يلزمه الضمانُ لعُدوانه ، لا لكونه غاصباً ، ولا مُستعيراً . وههنا قد زال سببُ الضمان ، ولم يحدُث ما يوجبُه ، فلم يثبُت .

٣٢٤٣ (فصل) ويجوز أن يُوكّل فى قبض الرهن ، ويقومُ قبضُ وكيله مَقام قبضه فى لزوم الرهن وسائر أحكامه . وإن وكّل المرتهنُ الراهنَ فى قبض الرهن له من نفسه ، لم يصحّ . ولم يكن ذلك قبضاً . لأنّ الرهنَ وثيقةٌ ليستوفى الحقّ منه ، عند تعذّر استيفائه من الراهن . فإذا كان فى يد الراهن لم يحصُل معنَى الوثيقة . وقد ذكرنا فى البيع أن المشترىَ لو دفع إلى البائع غِرَارةً ، وقال : كِلْ حَقّى فى هذه ففعل . كان ذلك قبْضاً ، فيخرج ههنا كذلك .

٣٢٤٤ (فصل) وإذا أقرّ الراهنُ بتقبيض الرهن ، أو أقرّ المرتهنُ بقبضه ، كان ذلك مقبولاً فيما يُمكن صدقُهما فيه . وإن أقرّ الراهنُ بالتقبيض ، ثم أنكره ، وقال : أقررتُ بذلك ولم أكن قبضتُ شيئاً ، أو أقرّ المرتهنُ بالقبض ، ثم أنكر ، فالقولُ قولُ المُقَرّ له . فإن طلب المنكر يمينه ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه يمين . لأنّ الإقرار أقوى من البيّنة ، ولو قامت البيّنة بذلك وطلب المشهودُ عليه يمينَ خصمه لم يُقبل منه ، فكذلك الإقرارُ .

والثانى : يلزمه اليمين . وهو قول الشافعىّ فى منصوصه . لأنّ العادةَ جاريةٌ بأن الإنسان يشهدُ على نفسه بالقبض قبلَه ، فتُسمَعُ دعواه . ويلزَم خصمَه اليمينُ . لما ذكرنا من حُكم العادة . وهذا أجودُ . ويُفارق البيّنة . فإنّها لا تشهدُ بالحقّ قبله ، ولو فعلت ذلك لم تكن بيّنةً عادلةً ، وقال القاضى : إن كان المقرّ غائباً ، فقال : أقْرَرْتُ لأنّ وكيلى كتبَ إلىّ بذلك ، ثم بان لى خلافُه . سمعنا قوله ، وأحلفنا خَصْمَهُ . وإن أقرّ أنّه باشر ذلك بنفسه ، ثم عاد فأكذب نفسه . لم يحلف خَصْمُه . وهذا قول بعض أصحاب الشافعىّ ، فأما إن اختلفا فى القبض ، فقال المرتهنُ : قبضتُه وأنكر الراهنُ ، فالقولُ قولُ من هُوَ فى يده . لأنّه إن كان فى يد الراهن فالأصلُ معه ، وهو عدمُ الإقباض ، ولم يوجد ما يدلّ على خلافه . وإن كان فى يد المرتهن فقد وُجد القبضُ ، لكونه لا يحصُل فى يده إلاّ بعد قبضه . وإن اختلفا فى الإذن ، فقال الراهن : أخذتَه بغير إذنى . قال : بلْ بإذنك ، وهو فى يد المرتهن . فالقول قولُه . لأنّ الظاهر مَعَهُ . فإن العقد قد وُجِدَ ، ويدُه تدلّ على أنه بحقّ . ويحتمل أن يكون القولُ قولَ الراهن . لأنّ الأصل عدمُ الإذن ، وهذا مذهبُ الشافعىّ . وذكر القاضى هذين الوجهين .

٣٢٤٥ (فصل) وإذا رهنه عينين ، فتلفت إحداهما قبلَ قبضها ، انفسخ العقدُ فيها ، دون الباقية ،

لأنّ العقدَ كان صحيحاً فيهما ، وإنّما طرأ انفساخ العقد فى إحداهما ، فلم يؤثّر ، كما لو اشترى شيئين . ثم ردّ أحدهما بعيب ، أو خيارٍ ، أو إقالةٍ ، والراهنُ مخيّر بين إقباض الباقية ، وبين منعها ، وإن كان التلفُ بعد قبض الأخرى فقد لزم الرهنُ فيها ، فإن كان الرهنُ مشروطاً فى بيعٍ ثبت للبائع الخيارُ ، لتعذّر الرهن بكماله ، فإن رضى لم يكن له المطالَبةُ ببَدلِ التالفة ، لأنّ الرهن لم يلزم فيها . وتكونُ المقبوضةُ رهناً بجميع الثمن ، ولو تلفت إحدى العينين بعد القبض فلا خيارَ للبائع . لأنّ الرّهن لو تلف كُلّه لم يكن له خيارٌ ، فإذا تلف بعضُه أولى ، ثمّ إن كان تلفُها بعد قبض العين الأخرى فقد لزم الرهنُ فيها ، وإن كان قبل قبض الأخرى ، فالراهنُ مخيّر بين إقباضها ، وبين تركه . فإن امتنع من تقبيضها ثبتَ للبائع الخيارُ ، كما لو لم تتْلَفْ الأخرى .

٣٢٤٦ (فصل) وإن رهنه داراً ، فانهدمت قبل قبضها ، لم ينفسخ عقدُ الرهن . لأن ماليّتها لم تذهبْ بالكليّة ، فإنّ عرْصَتها ، وأنقاضها باقيةٌ . ويثبُت للمرتهن الخيارُ إن كان الرهنُ مشروطاً فى بيعٍ . لأنّها تعيّبتْ ، ونقصَت قيمتُها .

فإن قيل : فلم لا ينفسخ عقدُ الرهن ، كما تنفسخُ الإجارة ؟

قلنا : الإجارةُ عقدٌ على منفعةِ السكنَى ، وقد تعذّرت ، وعُدِمَت . فبطلَ العقدُ لعدم المعقود عليه ، والرهنُ عقدُ استيثاقٍ يتعلّق بالأعيان التى فيها الماليّةُ ، وهى باقيةٌ ، فعلى هذا تكونُ العَرْصَةُ ، والأنقاضُ من الأخْشابِ ، والأحجار ونحوها من الرّهْنِ ، لأنّ العقدَ وردَ على جميع الأعيان ، والأنقاضُ منها . وما دخل فى العقد استقرّ بالقبض .

٣٢٤٧ (فصل) وكلّ عين جاز بيعُها جاز رهنُها . لأنّ مقصود الرهن الاستيثاقُ بالدين ، للتوصّل إلى استيفائه من ثمن الرهن ، إن تعذّر استيفاؤه من ذمّة الراهن . وهذا يتحقّق فى كلّ عين جاز بيعُها ، ولأنّ ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمةِ الرهن ، ومحلُّ الشيء محلٌّ لحكمته ، إلاّ أنْ يمنع مانعٌ من ثبوته ، أو يفوت شرطٌ . فينتفى الحكمُ لانتفائه . فيصحّ رهنُ المُشاعِ لذلك ، وبه قال ابن أبى ليلى ، ومالك ، والبتّى ، والأوزاعىّ ، وسوّار ، والعنبرىّ ، والشافعىّ ، وأبو ثور . وقال أصحابُ الرأى : لا يصحّ رَهْنُه ، إلا أن يَرْهنَهُ من شريكه ، أو يرهنُها الشريكان من رَجُل واحدٍ . أو يرهن رجلٌ دارَه من رجلين فيقبضانها معاً ، لأنّه عقدٌ تخلّف عنه مقصوده لمعنًى اتصلَ به . فلم يصحّ ، كالو تزوّج أخته من الرّضاع .

بيانه : أن مقصودَه الحَبْسُ الدائم ، والمُشاعُ لا يُمكنُ المرتهنَ حَبْسُه ، لأنّ شريكه ينتزعُه يومَ

نَوْبَتِهِ . ولأنَّ استدامة القبض شرطٌ ، وهذا يستحقّ زوالَ اليدِ عنه لمعنًى قارنَ العقدَ ، فلم يصحّ رهنُه ، كالمغصوب .

ولنا : أنها عينٌ يجوزُ بيعُها فى محلّ الحقّ ، فيصحّ رهنُها ، كالمُفْرَزَةِ . ولا نُسلّم أنّ مقصودَه الحبسُ ، بل مقصودُه استيفاءُ الدَّين من ثمنه عند تعذّره من غيره ، والمُشَاعُ قابلٌ لذلك . ثم يَبْطُل ما ذكروه برهن القاتل ، والمرتدّ ، والمغصوب ، ورهن مِلْك غيره ، بغير إذنه ، من غير ولاية . فإنّه يصحّ عندهم .

٣٢٤٨ (فصل) ويصحّ أنْ يرهنَ بعضَ نصيبه من المُشَاعِ ، كما يصحُّ أن يرهنَ جميعَه ، سواءٌ رهنهُ مشاعاً فى نصيبه ، مثلُ أن يرهن نصفَ نَصيبه ، أو يرهنَ نصيبَه من مُعَيّن ، مثلُ أن يكون له نصفُ دارٍ ، فيرهنَ نصيبَه من بيتٍ منها بعَيْنه . وقال القاضى : يحتملُ أن لا يصحّ رهنُ حِصَّته من مُعَيَّن ، من شىء يُمكنُ قِسْمَته ، لاحتمال أن يقتسم الشريكان . فيحصُل الرهنُ فى حِصَّةِ شريكه.

ولنا : أنه يصحُّ بيعُه . فصحَّ رهنُه ، كغيره ، وما ذكره لا يصحُّ . لأنَّ الراهن ممنوعٌ من التصرُّف فى الرهن بما يضرُّ بالمرتهن ، فيُمنع من القسمة المُضِرَّة ، كما يُمنع من بيعه .

٣٢٤٩ (فصل) ويصحّ رهنُ المرتدّ ، والقاتل فى المحاربة ، والجانى ، سواء كانت جنايتُه عمداً ، أو خَطأً على النفس ، وما دونها . وقال القاضى : لا يصحّ رهنُ القاتل فى المحاربة ، واختار أبو بكر : أنه لا يصحّ رهنُ الجانى ، وهو مذهبُ الشافعىّ . ومبنَى الخلاف فى هذا : على الخلاف فى بيعه ، وقد سبق الكلامُ فيه فى موضعه . ثم إن كان المرتهن عالما بحاله ، فلا خيارَ له . لأنه دخل على بَصِيرةٍ ، فأشبه المشترىَ إذا علم العيبَ ، وإن لم يكن عالماً ، ثمّ علم بعد إسلام المرتدّ ، وفداء الجانى . فكذلك . لأن العيب زال . فهو كما لو زال عيبُ المَبيع ، وإن علم قبل ذلك فله ردُّه ، وفسخُ البيع ، إن كان مشروطاً فى عقد بيع . لأن الشرط اقتضاه سَليماً . فإذا سُلِّم إليه مَعِيباً ملك الفسخَ ، كالبيع ، وإن اختار إمساكه فليس له أرشٌ ولا شىء . لأنّ الرهن بجُملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بدلَه ، فبعضُه أولى . وكذلك لو لم يعلم حتى قُتِل العبد بالردّة ، أو القِصاص ، أو أُخِذ فى الجناية . فلا أرْشَ للمُرتهن . وذكر القاضى : أنّ قياسَ المذهب : أن له الأرشَ فى هذه المواضع ، قياساً على البيع . وليس الأمر كذلك . فإن المبيعَ عوضٌ عن الثمن . فإذا فات بعضُه رجع بما يقابله من الثمن ، ولو فات كلّه ، مثلُ أن يتلف المبيعُ قبلَ قبضه ، رجع بالثمن كلّه ، والرهنُ ليس بعِوَض . ولو تلف كلّه قبل القبض لما استحقّ الرجوع بشىء ، فكيف يستحقّ الرجوع ببدلِ عَيْبه ، أو فوات بعضه ؟ وإن امتنع السيّد من فِداء الجانى لم يُجْبَر ، ويُباع فى الجناية . لأنّ حقّ المجنىّ عليه مُقدّم على الرهن . فأشبه مالو حدثت الجنايةُ بعد الرهن ، فعلى هذا : إن استغرق

الأرش قيمتَه ، بِيعَ ، وبَطَل الرهنُ ، وإن لم يستغرقها ، بِيعَ منْهُ بقدْرِ الأرش ، والباقى رهنٌ .

٣٢٥٠ (فصل) ويصحّ رهنُ المدبّر فى ظاهر المذهب ، بناء على جواز بيعه . ومَنعَ منهُ أبو حنيفة ، والشافعىّ . لأنه علّق عتقه بصفة . أشبه ما لو علّق عتقه بصفةٍ توجَدُ قبل حلُول الحقّ .

ولنا : أنه عقد يُقصد منه استيفاء الحقّ من العين ، أشبه الإجارةَ ، ولأنّه علّق عِتقه بصفةٍ لا تمنعُ استيفاء الحقّ ، أشبه مالو علّقه بصفةٍ توجَدُ بعد حلول الحقّ . وما ذكروه ينتقضُ بهذا الأصل ، ويفارق التدبيرُ التعليقَ بصفةٍ تَحُلّ قبل حُلول الدين ، لأنّ الرهن لايمنع عِتْقَه بالصفةِ ، فإذا عتق تعذّر استيفاء الدين منه ، فلا يحصلُ المقصود . والدينُ فى المدبّر يمنعُ عتقه بالتدبير . ويقدّم عليه . فلا يمنع حصولَ المقصود . والحكم فيما إذا عَلِم التدبيرَ ، أو لم يعلم ، كالحكم فى العبد الجانى ، على ما فصّل فيه . ومتى مات السيّد قبل الوفاء ، فَعتَق المدبَّر بطَل الرهنُ . وإن عتق بعضُه بقى الرهنُ فيما بقى . وإن لم يكن للسيّد مالٌ يفضُل عن وفاء الدين ، بِيع المدبّر فى الدين ، وبطلَ التدبيرُ . لأن الدين مُقدّم على التدبير . ولا يبطلُ الرهن، وإن كان الدين لا يستغرقه ، بِيعَ منه بقدر الدّين ، وعَتَقَ منه ثُلثُ الباقى . وما بقى للورثة .

٣٢٥١ (فصل) فأما المكاتبُ فالصحيح : أنه لا يصحّ رهنُه . وهو مذهب الشافعىّ ، لأن استدامة القبض فى الرهن شرطٌ فىالصحيح . ولا يمكنُ ذلكفى المكاتب . وقال القاضى : قياس المذهب : صحّة رهنه . وهو مذهبُ مالك . لأنه يجوزُ بيعه ، وإيفاء الدين من ثمنه . فعلى هذا يكونُ ما يؤدّيه من نجوم كتابته رَهْناً معه . فإن عجز ثبت الرهنُ فيه ، وفى اكتسابه ، وإن عتق كان ما أدّاه من نجومه رهناً ، بمنزلة ما لو كسب العبدُ القِنّ ، ثم مات .

٣٢٥٢ (فصل) وأمّا من علّق عتقه بصفةٍ تحُلّ قبل حلول الحقّ كمن علّق عتقه بهلال رمضان ، ومحلّ الحقّ آخره . لم يصحّ رهنُه ، لكونه لا يمكن بيعُه عند حلول الحقّ ، ولا استيفاء الدين من ثمنه . وإن كان الدينُ يحُلّ قبلها ، مثلَ أن يعُلّق عتقه بآخِر رمضان ، والحقُّ يحُلّ فى أوّله صحّ رَهْنه . لإمكان استيفاء الدين من ثمنه . فإن كانت تحتملُ الأمرين كقدوم زيد . فقياسُ المذهب : صحة رهنه لأنّه فى الحال محلٌّ للرهن ، يمكن أن يبقى حتى يُستوفَى الدينُ من ثمنه . فصحّ رهنُه ، كالمريض ، والمدبّر ، وهذا مذهبُ أبي حنيفة رضى الله عنه ، ويحتملُ أن لا يصحّ رهنُه ، لأنّ فيه غرراً ، إذ يحتمل أن يَعتق قبل حلول الحقّ ، ولأصحاب الشافعىّ فيه اختلافٌ على نحو ما ذكرنا .

٣٢٥٣ (فصل) ويجوزُ رهنُ الجارية دونَ ولَدِها ، ، ورهنُ ولَدِها دُونها . لأنَّ الرهنَ لا يُزيل المِلك . فلا يحصُل بذلك تفرقةٌ ، ولأنّـهُ يمكن تسليمُ الولد مع أمّه ، والأمّ مع ولدها . فإن دعت الحاجةُ إلى بيعها فى الدين ، بِيعَ ولدُها معها . لأن الجمع فى العقد ممكن ، والتفريق بينهما حرامٌ . فوجب بيعُه

معها . فإذا بيعا معاً تعلّق حقّ المرتهن من ذلك بقدر قيمةِ الجاريةِ من الثمن ، فإذا كانت قيمتُها مائةً ، مع أنها ذاتُ ولد ، وقيمةُ الولد خمسون ، لحصتّها ثُلُثا الثمن ، وإن لم يَعلم المرتهنُ بالولد ، ثم عَلِم ، فله الخيارُ فى الردّ ، والامساك ، لأن الولد عَيْبٌ فيها ، لكونه لا يُمكنُ بيعُها بدونه ، فإن أمسك ، فهو كما لو علم حالَ العقد ، ولا شىء له غيرُها ، وإن ردَّها فله فسخُ البيع ، إن كانت مَشروطةً فيه .

٣٢٥٤ (فصل) ويصحّ رهنُ ما يُسرع إليه الفسادُ ، سواء كان مما يُمكن إصلاحُه بالتجفيف ، كالعنب ، والرُّطَب ، أو لا يمكن ، كالبِطّيخ ، والطَّبِيخ ، ثمّ إن كان ممّا يجفَّف فعلى الراهن تجفيفُه ، لأنّه من مُؤْنَةِ حِفْظِهِ وَتَبْقِيَتِهِ ، فيلزم الراهنَ ، كنَفَقَةِ الحيوانِ ، وإن كان مما لا يجفَّف ، فإنّه يُباع ، ويُقْضَى الدين من ثمنه ، إن كان حالاً ، أو يحُلّ قبل فسادِه ، وإن كان لا يحُلّ قبل فساده جُعِل ثمنه مكانَه رَهْناً ، سواء شرط فى الرهن بيعَه ، أو أَطْلقَ . وقال أصحاب الشافعىّ : إن كان مما يفسد قبل محلّ الدين ، فشرط المرتهنُ على الراهن بَيْعَه ، وجَعْلَ ثمنه مكانَه صحّ ، وإن أطلق فعلى قولين :

(أحدهما) لا يصحّ .لأن بيع الرهن قبل حلول الحقّ لا يقتضيه عقدُ الرهن، فلم يجب، ولم يصحّ رهنُه، كما لو شرط أن لا يبيعه ، وذكر القاضى فيه وجهين كالقولين :

ولنا : أن العُرف يقتضى ذلك : لأنّ المالك لا يُعرِّض مِلْكَهُ للتلف ، والهلاك ، فإذا تعيّن حفظُه فى بيعه حُملَ عليه مُطْلَقُ العقد ، كتجفيف ما يجفّ ، والإنفاقِ على الحيوان ، وحِرْزِ ما يحتاج إلى حِرْزٍ ، وأمّا إذا شرط أن لا يُباع ، فلا يصحّ ، لأنّه شرط ما يتضمّن فساده ، وفواتَ المقصود ، فأشبه ما لو شَرَط أن لا يجفِّف ما يجفّ ، أو لا يُنفق على الحيوان .

وإذا ثبت ما ذكرناه فإنّه إن شرط للمرتهن بيعَه ، أو أذن له فى بيعه بعد العقد ، أو اتفقا على أن يبيعه الراهنُ ، أو غيرُه باعه ، وإن لم يكن ذلك باعه الحاكمُ ، وجُعِلَ ثمنُه رَهْناً ، ولا يُقضى الدينُ من ثمنه ، لأنّه ليس له تعجيلُ وفاءِ الدين قبلَ حُلوله ، وكذلك الحكم إن رهنه ثياباً ، يخاف تلَفها ، أو حيواناً ، وخاف موته ، قال أحمد فيمن رهن ثياباً يُخافُ فسادُها ، كالصوف : أتى السلطانَ ، فأمرهُ بِبَيْعِها .

٣٢٥٥ (فصل) ويجوز رهنُ العصير . لأنّه يجوزُ بيعُه . وتعرّضه للخروج عن الماليّة لا يمنعُ صحّة رهنه ، كالمريض ، والجانى . ثمّ إن استحال إلى حالٍ لا يخرُج فيها عن الماليّة كالخلّ . فالرهنُ بحاله ، وإن صار خمراً زال لزومُ العقد ، ووجبت إراقتهُ . فإن أُريقَ بطلَ العقدُ فيه . ولا خيارَ للمرتهن ، لأنّ التلفَ حصل فى يده . وإن عاد خلاً ، عاد اللزومُ بحُكم العقد السابق ، كما لو زالت يدُ المرتهن عن الرهن ، ثم عادت إليه . وإن استحال خمراً قبل قبض المرتهن له ، بطل الرهنَ . ولم يَعُد بعَوْدِه خلاً . لأنّه عقدٌ ضعيفٌ ، لعدم القبض فيه ، فأشبه إسلام أحدِ الزوجين قبل الدخول . وذكر القاضى : أن

العصيرَ إذا استحال خمراً بعد القبض بطلَ الرهنُ . ثمّ إذا عاد خلاً عاد مِلْكاً لصاحبه ، مرهوناً بالعقد السابق . لأنه يعودُ مملوكا بحكم المِلْك الأول . فيعودُ حكمُ الرهن أيضاً . لأنّه زال بزوال الملك فيعودُ بعَوْدِه . وهذا مذهبُ الشافعيّ . وقال مالك ، وأبو حنيفة : هو رَهْنٌ بحاله . لأنه كانت له قيمةٌ حالة كونه عصيراً ، ويجوز أن يصير له قيمةٌ . فلا يجوزُ أن يزولَ الملكُ عنه . كما لو ارتدّ الجانى . ولأنّ اليد لم تَزُلْ عنه حكماً . ولهذا لو غصبه غاصبٌ فتخلّل فى يده ، كان مِلْكاً المغصوب منه ، ولو زالت يدُه لكان مِلْكاً للغاصب ، كما لو أراقه ، فجمعه إنسانٌ ، فتخلّل فى يده ، كان له ، دون مَنْ أراقه . وهذا القولُ هو قولنا الأول فى المعنَى ، إلاّ أن يقولوا ببقاء اللزوم فيه حَال كونه خمراً . ولم يظهر لى فائدةُ الخلاف بعدَ اتفاقهم على عوده رَهْناً باستحالته خلاً ، وأرى القولَ ببقائه رَهْناً أقربَ إلى الصحّة . لأنّ العقدَ لو بطلَ لما عاد صحيحاً من غير ابتداء عَقْدٍ .

فإن قالوا : يمكن عَوْدُه صحيحاً لعَوْدِ المعنَى الذى بطل بزواله . كما أنّ زوجةَ الكافر إذا أسلمت خرجت من حُكم العقد ، لاختلاف دينهما . فإذا أسلم الزوجُ فى العدّة عادت الزوجيّةُ بالعقد الأول ، لزوال الاختلاف فى الدِّين .

قلنا : هناك ما زالت الزوجيّة ، ولا بطل العقدُ . ولو بطل بانقضاء العدّة لما عاد إلاّ بعقدٍ جديد ، وإنّما العقدُ كان موقوفاً مُراعًى. فإذا أسلم فى العدّة تبيّنّا أنّه لم يبطُل ، وإن لم يُسلم تبيّنّا أنّه كان قد بطل. وههنا قد جَزمتُمْ ببطلانه .

٣٢٥٦ (فصل) وهل يصحّ رهنُ الثمرة قبل بُدوّ صلاحها من غير شرط القطع ، أو الزرع الأخضر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجوز . وهو اختيار القاضى . لأنّ الغرر يقلّ فيه . فإنّ الثمرة متى تلفت عاد إلى حقّه فى ذمّة الراهن ، ولأنّه يجوز بيعُه ، فجاز رهنُه ، ومتى حلّ الحقّ بيعَ . وإن اختار المرتهنُ تأخيرَ بيعه ، فله ذلك .

والثانى : لا يصحّ . وهو منصوص الشافعىّ . لأنه لا يجوز بيعُه . فلا يصحّ رهنُه ، كسائر ما لا يجوز بيعُه ، وذكر القاضى : أنه يجوز رهنُ المبيع الذى يُشترط قبضُه ، كالمَكيل ، والموزون قبلَ قبضه . لأن قبضه مُستَحَقّ . فيُمكن المشترى قبضُه ، ثمّ يقبِضُه . أمّا البيعُ ، فإنّه يُفضى إلى أن يَرْبَح فيما لم يضمن ، وهو منهيٌّ عنه . ويحتمل أن لا يصحّ رهنُه . لأنّه لا يصحّ بيعُه .

٣٢٥٧ (فصل) وفى رهن المصحف روايتان .

إحداهما : لا يصحّ رهنُه . نقل الجماعةُ عنه : لا أُرَخِّص فى رهن المصحف . وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه . ولا يحصُل ذلك إلا ببيعه ، وبيعُه غيرُ جائز .

والثانية : يصحّ رهنُه . فإنه قال : إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلاّ بإذنه ، فظاهرُ هذا صحّة رَهْنه . وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، بناء على أنه يصحّ بيعُه . فصحّ رهنُه ، كغيره .

٣٢٥٨ (فصل) ويجوز أن يستعير شيئاً يَرْهَنُه . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنُه على دنانير معلومةٍ عند رجل سمّاه إلى وقتٍ معلوم ، ففعل : أنّ ذلك جائزٌ . وينبغى أن يذكر المرتهنَ والقدرَ الذى يرهنُه به ، وجنسَه ، ومدّة الرهن . لأن الضرر يختلفُ بذلك . فاحتيج إلى ذكره كأصلِ الرهن . ومتى شرط شيئاً من ذلك ، فخالف ، ورهنَه بغيره ، لم يصحّ الرهنُ . لأنه لم يُؤذن له فى هذا الرهن ، فأشبه من لم يأذن فى أصل الرهن ، قال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على ذلك . وإن أذن له فى رَهْنه بقدر من المال فنقص عنه ، مثلُ أن يأذن له فى رَهْنه بمائةٍ ، فيرهنُه بخمسين صحّ . لأنّ مَنْ أذن فى مائة ، فقد أذن فى خمسين . وإن رهنه بأكثرَ ، مثلُ أنْ رَهَنه بمائةٍ وخمسين احتمل أن يبطُل فى الكلّ . لأنه خالف المنصوص عليه ، فبطَل ، كما لو قال : أرهنه بدنانيرَ ، فرهنَه بدراهم ، أو بحالٍّ فرهنَه بمُؤجَّلٍ أو بمؤجَّلٍ فرهنه بحالّ . فإنّه لا يصحّ . كذلك ههنا . وهذا منصوصُ الشافعىّ .

والوجه الثانى : أنه يصحّ فى المائة . ويبطُل فى الزائد عليها . لأن العقدَ تناولَ ما يجوزُ ، وما لا يجوزُ ، فجاز فيما يجوز دون غيره ، كتفريق الصفقة ، ويفارقُ ما ذكرنا من الأصول . فإنّ العقد لم يتناولْ مأذوناً فيه بحالٍ . وكل واحدٍ من هذه الأمور يتعلّق به غرض ، لا يوجد فى الآخَر . فإنّ الراهنَ قد يقدر على فكاكه فى الحال ، ولا يقدر على ذلك عند الأجل ، وبالعكس . وقد يقدر على فكاكه بأحد النقدين دون الآخر ، فيفوت الغرض بالمخالفة : وفى مسألتنا : إذا صحّ فى المائة المأذون فيها لم يختلف الغرضُ .

فإن أطلق الرهنَ فى الإذن من غير تعيين ، فقال القاضى : يصحُّ ، وله رهنُه بما شاء . وهو قول أصحاب الرأى ، وأحدُ قولى الشافعىّ .

والآخر : لا يجوز حتى يُبيِّن قدر الذى يرهنُه به ، وصفتَه ، وحلولَه ، وتأجيلَه . لأنّ هذا بمنزلة الضمان . لأن منفعة العبد لسيِّده ، والعاريَةُ ما أفادت المنفعة ، إنما حصَّلَتْ له نفعاً يكون الرهن وثيقةً عنه ، فهو بمنزلة الضمان فى ذمّته ، وضمانُ المجهول لا يصح .

ولنا : أنها عاريَةٌ ، فلم يُشترط لصحتها ذكرُ ذلك ، كالعارية لغير الرهن ، والدليلُ على أنّه عاريةٌ : أنّه قبضَ مِلْكَ غيره لمنفعةِ نفسه مُنفرداً بها ، من غير عِوَض . فكان عاريَةً كقبضه للخِدْمَةِ . وقولهم :

إنه ضمانٌ غيرُ صحيح . لأنّ الضمان يثبُت فى الذمّة . ولهـذا ثبت فى الرقبة ، ولأن الضمان لازمٌ فى حقّ الضامن . وهذا له رجوع فى العبد قبل الرهن ، وإلزامُ المستعير بِفَكاكه بَعده . وقولهم : إن المنافع للسيّد قلنا : المنافعُ مختلفة . فيجوز أن يستعيره لتحصيل منفعة واحدةٍ . وسائر المنافع للسيّد ، كما لو استعاره بحفظ مَتاعٍ ، وهو مع ذلك يَخيطُ لسيّده ، أو يَعْمَلُ له شيئاً ، أوَ استعاره ليخيط له ، ويحفظ المتاع لسيّده .

فإن قيل : لو كان عاريَةً لما صحّ رهنُه . لأنّ العاريةَ لاتلزم ، والرهنُ لازم .

قلنا : العاريَةُ غيرُ لازمةٍ من جهة المستعير . فإنّ لصاحب العبد المطالبةَ بفكاكه ، قبل حلول الدين ، ولأنّ العاريةَ قد تـكون لازمةً . بدليل مالو أعاره حائطاً ليَبْنِيَ عليه.أو أرضاً ليَدْفِنَ فيها ، أو ليَزْرَع فيها ما لا يُحْصَدُ قَصِيلاً .

إذا ثبت : هذا فإنه يصحُّ رهنُه بما شاء ، إلى أى وقت شاء ، ممّن شاء . لأنّ الإذن يتناولُ الـكلّ باطلاقه . وللسيد مطالبةُ الراهن بِفَكاك الرهن ، حالاً كان أو مؤجّلاً فى محل الحق ، وقبل محله . لأن العاريَةَ لاتلزمُ ، ومتى حلَّ الحقُّ فلم يقبضْـهُ فللمرتهن بيعُ الرهن ، واستيفاء الدين من ثمنه . ويرجعُ المُعير على الراهن بالضّمان . وهو قيمة العين المستعارة ، أو مثلها إن كانت من ذوات الأمثال ، ولا يرجعُ بما بيعتْ به ، سواء بِيعَتْ بأقل من القيمة ، أو أكثر فى أحدِ الوجهين ، والصحيحُ : أنها إن بيعت بأقلّ من قيمتها رجَع بالقيمة ، لأنّ العاريةَ مضمونَة ، فيضْمَنُ نقصَ ثمنها ، وإن بيعت بأكثر رجع بما بِيعَتْ به . لأنّ العبد مِلْكٌ للمُعير ، فيـكونُ ثمنُه كله لَهُ ، وكذلك لو أسقط المرتهن حقَّه عن الراهن رجع الثمنُ كلّه إلى صاحبه ، فإذا قضى به دين الراهن رجع به عليه ، ولا يلزمُ من وجوب ضمان النقص أن لا تـكون الزيادة لصاحب العبد ، كما لو كان باقياً بعينه . وإن تلف الرهنُ ضَمِنَهُ الراهنُ بقيمته ، سواء تلف بتفريط ، أو غير تفريط ، نصّ على هذا أحمدُ ، وذلك لأن العاريَةَ مضمونةٌ .

٣٢٥٩ (فصل) وإن فَكّ المُعيرُ الرهنَ ، فأدّى الدينَ الذى عليه بإذن الراهن ، رجع عليه ، وإن قضاه مُتَبرّعاً لم يرجع بشىء . وإن قضاه بغير إذنه مُحتسباً بالرجوع بغير إذنه فهل يرجع ؟ على روايتين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، ويترجّحُ الرجوع ههنا ، لأن له المطالبةَ بِفَكاك عبده ، وأداءُ دينه ، فَكاكه . وإن اختلفا فى الإذن فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه ، لأنّه منكر ، وإن شهد المرتهنُ للمعير قُبِلَتْ شهادته ، لأنّه لا يَجُرّ بها نفعاً ، ولا يدفَعُ بها ضَرَراً ، وإن قال : أذنتَ لى فى رهنه بعشرةٍ ، قال : بل بخمسةٍ ، فالقولُ قولُ المالك . لأنّه مُنـكر للزيادة ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ،

وإن كان الدينُ مُؤجَّلا فقضاه حالاً بإذنه ، رجع به حالاً ، وإن قضاه بغير إذنه ، فقال القاضى : يرجعُ به حالاً أيضاً ، لأنّه له المطالبة بِفَكاكِ عبده فى الحال .

٣٣٦٠ (فصل) ولو استعار من رجلٍ عبداً ليَرْهَنَهُ بمائةٍ فرهَنَهُ عند رجلين ، صحّ . لأن تعيين ما يرهنُ به ليس بشرط . فكذلك من يرهنُ عنده . ولأنّ رهنه من رجلين أقلُّ ضرراً من رهنه عند واحد . لأنّه ينفكّ منه بعضُه بقضاء بعض الدين ، بخلاف ما لو كان رهناً عند واحد : فعلى هذا إذا قضى أحدُهما ما عليه من الدين خرج نصيبُه من الرهن . لأنّ عقد الواحد مع الاثنين عقدان فى الحقيقة ، ولو استعار عبداً من رجلين فرهَنه عند واحدٍ بمائةٍ ، فقضاه نصفَها عن أحد النصيبَيْن ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا ينفكّ من الرهن شىء . لأنّه عقدٌ واحدٌ من راهنٍ واحدٍ مع مرتهنٍ واحدٍ . فأشبه ما لو كان العبدُ لواحدٍ .

والثانى : ينفكّ نصفُ العبد . لأنّ كلَّ واحدٍ منهما إنّما أذن فى رهن نصيبه بخمسين . فلا يكونُ رَهْناً بأكثر منها ، كما لو صرّح له بذلك . فقال : ارهن نصيبى بخمسين لا تَزِدْ عليها فعلى هذا الوجه : إن كان المرتهنُ عالماً بذلك فلا خيارَ لَهُ . وإن لم يكن عالماً بذلك ، والرهنُ مشروط فى بيع احتمل أن يكون له الخيارُ . لأنّه دخل على أن كلّ جزء من الرهن وثيقةٌ بجميع الدين ، وقد فاته ذلك . ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين ، فقضى أحدهما انفك نصيبُ كلّ واحد من المُعيرين من نصفه . وإن قضى نصف دَين أحدِهما انفكّ فى نَصيب أحدها على أحد الوجهين . وفى الآخر ينفكّ نصفُ نصيب كلّ واحدٍ منهما . والله أعلم .

٣٣٦١ (فصل) ولو كان لرجلين عبدان ، فأذن كلّ واحدٍ منهما لشريكه فى رهن نصيبه من أحد العبدين ، فرهناهما عند رجل مُطلقاً صحّ . فإن شرط أحدُهما أنّى متى قضيتُ ما علىّ من الدين انفكّ الرهنُ فى العبد الذى رهنتُه ، وفى العبد الآخر ، وفى قدر نصيبى من العبد الآخرِ . فهذا شرطٌ فاسدٌ . لأنّه شَرَطَ أن ينفكّ بقضاء الدين رهنٌ على دينٍ آخرَ ، ويفسُد الرهنُ . لأن فى هذا الشرط نقصاً على المرتهنِ . وكلّ شرط فاسدٍ ينقصُ حَقّ المرتهنِ يُفسِدُ الرهنَ . فأمّا إن شرط أنّه لا ينفكّ شىء من العبد حتّى يقضى جميع الدين ، فهو فاسدٌ أيضاً . لأنّه شرط أن يبقى الرهنُ محبوساً بغير الدين الذى هو رهنٌ به ، لكنّه لا ينقصُ حَقّ المرتهن . فهل يفسُد الرهن بذلك ؟ على وجهين :

٣٣٦٢ (فصل) ولا يصحّ رهنُ ما لا يصحّ بيعُه . كأم الولد ، والوقف ، والعين المرهونة . لأنّ مقصود الرهن استيفاءُ الدين من ثمنه . وما لا يجوزُ بيعُه لا يمكنُ ذلك فيه . ولو رهن العين المرهونة عند المرتهن لم يَجُز . فلو قال الراهنُ المرتهن : زدنى مالاً يكونُ الرهنُ الذى عندك رهناً به ، وبالدّين الأوّل

لم يجز . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومحمد . وهو أحد قولى الشافعىّ ، وقال مالك ، وأبو يوسف ، وأبو ثور ، والمزنىّ ، وابن المنذر : يجوز ذلك . لأنه لو زاده رهناً جازَ . فكذلك إذا زاد فى دين الرهن . ولأنه لو فدَى المرتهنُ العبدَ الجانىَ بإذن الراهن ليكونَ رَهناً بالمالِ الأول ، وبما فداه به جاز . فكذلك ههنا . ولأنّها وثيقةٌ محْضَةٌ . فجازت الزيادةُ فيها كالضمان .

ولنا : أنها عينٌ مرهونةٌ . فلم يجُز رهنُها بدينٍ آخرَ ، كما لو رهنَها عند غير المرتهن ، فأمّا الزيادةُ فى الرهن فيجوز . لأنه زيادة استيثاق ، بخلاف مسألتنا . وأما العبدُ الجانى فيصحّ فداؤه ليكون رهناً بالفداء ، والمال الأوّل ، لكون الرهن لا يمنع تعلّق الأرش بالجانى . لكون الجناية أقوى . ولأنّ لولىّ الجنايةِ المطالبةَ ببيع الرهن ، وإخراجه من الرهن ، فصار بمنزلة الرهن الجائز قبلَ قبضه . ويجوز أن يزيده فى الرهن الجائز حقّاً قبلَ لزُومه . فكذلك إذا صار جائزاً بالجناية . ويُفارق الرهنُ الضمانَ . فإنهّ يجوزُ أن يضمن لغيره .

إذا ثبت هذا : فرهنه بحقّ ثانٍ كان رَهناً بالأوّل خاصّةً . فإن شهد بذلك شاهدان يعتقدان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به ، وإن اعتقدا صحّته لم يكن لهما أن يشهدا أنّه رهنَه بالحقّين مُطلقاً ، بل يشهدان بكيفية الحال ، ليرى الحاكمُ فيه رأيه .

٣٢٦٣ (فصل) وأما رهنُ سوادِ العراق ، والأرضِ الموقوفةِ على المسلمين. فالصحيحُ فى المذهب : أنه لا يجوزُ بيعُها . فكذلك رهنُها . وهذا منصوصُ الشافعىّ ، وما كان فيها من بنائها فحكمُه حكمُها ، وما كان فيها من غير ترابها ، أو الشجر المجدّد فيها إن أفرده بالبيع والرهن ، فهل يصحّ ؟ على روايتين . نصّ عليهما فى البيع. إحداها : يصحّ . لأنّه طلق. والثانية : لا يجوزُ . لأنه تابع لِمَا لا يجوزُ بيعُه ولا رهنُه، فهو كأساسات الحيطان . وإن رهنه مع الأرض بطل فى الأرض، وهل يجوز فى الأشجارِ والبناء على الرواية التى يجوزُ رهنُها مُنفردَةً ؟ يخرج على الروايتين فى تفريق الصفقة . وهذا مذهبُ الشافعىّ رضى الله عنه .

٣٢٦٤ (فصل) ولا يصحّ رهنُ المجهول . لأنّه لا يصحّ بيعُه . فلو قال : رهنتُك هذا الجرابَ ، أو البيتَ ، أو الخريطَة بما فيها لا يصحّ . لأنّه مجهول . وإن لم يقل : بما فيها صحّ رهنُها للعِلْم بها ، إلاّ أن يكون ذلك مما لا قيمةَ له، كالجرابِ الخَلَق[1]، ونحوه . ولو قال : رَهَنْتُكَ أحدَ هذين العبدين لم يصحّ. لعدم التعيين ، وفى الجملة : أنه يُعتبر للعلم فى الرهن ما يُعتبر فى البيع . وكذلك القُدرةُ على التسليم . فلا يصحّ رهنُ الآبق ، ولا الجملِ الشارد ، ولا غيرِ مملوك[2] .

٣٢٦٥ (فصل) ولو رهن عبداً ، أو باعه يعتقدُه مغصوباً ، فبان مِلْكَه، مثلُ أن رهن عبد أبيه ،

(١) الخلق : بفتح الخاء واللام هو البالى المتمزق . (٢) هكذا فى الأصول والصحيح غير المملوك .

فبان أن أباه قد مات ، وصار العبدُ مِلكَه بالميراث ، أو وكّل إنساناً يشترى له عبداً من سيّده ، ثم إن الموكّل باع العبدَ ، أو رهنه ، يعتقدُه لسيّده الأول ، فبان أن تصرّفه بعد شراء الوكيل له ، ونحو ذلك : صحّ تصرّفه . لأنّه تصرّف صدر من أهله ، وصادف مِلكَه . فصحّ ، كما لو علم . ويحتمل أن لا يصحّ . لأنه اعتقده باطلاً .

٣٢٦٦ (فصل) ولو رهن المبيعَ فى مُدّة الخيار لم يصحّ ، إلاّ أن يرهنه المشترى ، والخيارُ له وحده . فيصحّ تصرّفه ، ويبطلُ خياره . ذكره أبو بكر . وهو مذهب الشافعىّ . وكذلك بيعُه وتصرُّفاته . ولو أفلس المشترى ، فرهن البائعُ عينَ ماله التى له الرجوعُ فيها لم يصحّ . لأنه رَهنَ ما لا يملكه . وكذلك لو رهن الأبُ العينَ التى وهبها لابنه . قبل رجوعه فيها ، لم يصحّ لما ذكرناه . وللشافعىّ فى ذلك وجهان . أحدهما : يصحّ . لأن له استرجاعَ العين ، فتصرّفه فيها يدلّ على رجوعه فيها .

ولنا : أنه رَهَن ما لا يملكه بغير إذن المالك ، ولا ولايةَ عليه . فلم يصحّ كما لو رهن الزوجُ نصفَ الصَّداق قبلَ الدخول .

٣٢٦٧ (فصل) ولو رهن ثَمرَةَ شجرٍ يحملُ فى السنة حَمْلَيْنِ لا يتميّز أحدُهما من الآخر ، فرهن الثمرة الأولى إلى مَحَلّ تحدُث الثانيةُ على وجهٍ لا يتميّز ، فالرهنُ باطلٌ . لأنه مجهولٌ حين حُلول الحقّ . فلا يمكنُ استيفاءُ الدَّين منه . فلم يصحّ ، كما لو كان مجهولاً حين العقد ، وكما لو رهنه إيّاها بعد اشتباهها ، فإن شرط قطعَ الأولى إذا خيف اختلاطُها بالثانية صحّ . فإن كان الحَمْلُ المرهونُ بحقّ حالّ ، وكانت الثمرةُ الثانيةُ تتميّز من الأولى إذا حدَثَتْ . فالرهنُ صحيح ، فإن وقع التوانى فى قطعِ الأولى حتى اختلطت بالثانية ، وتعذّر التمييزُ لم يَبْطُل الرهنُ . لأنّه وقع صحيحاً ، وقد اختلط بغيره على وجهٍ لا يُمكن فصله . فعلى هذا إن سمح الراهنُ بكون الثمرة رَهْناً ، أو اتفقا على قدر المرهون منهما ، فحسنٌ ، وإن اختلفا ، فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه . فى قدر الرّهنِ . لأنّه مُنكِر للقدر الزائد ، والقولُ قولُ المُنكِر .

٣٢٦٨ (فصل) ولو رهنه منافعَ داره شهراً ، لم يصحّ . لأن مقصود الراهن استيفاء الدين من ثمنه . والمنافعُ تَهْلِكُ إلى حُلول الحقّ ، وإن رهنه أُجرةَ داره شهراً ، لم يصحّ . لأنّها مجهولَةٌ ، وغير مملوكة .

٣٢٦٩ (فصل) ولو رهن المكاتَبُ مَنْ يَعْتِقُ عليه ، لم يصحّ . لأنّه لا يملكُ بيعَه . وأجازه أبو حنيفة . لأنّهم لا يَدخُلون معه فى الكتابة ، ولو رهن العبدُ المأذونُ من يَعْتِقُ على السيّد لم يصحّ . لأنّ ما فى يده ملكٌ لسيّده . فقد صار حُرًّا بشرائه إيّاه .

٣٢٧٠ (فصل) ولو رهن الوارثُ تَركَةَ الميت ، أو باعها ، وعلى الميّت دينٌ ، صحّ فى أحد

الوجهين ، وقال أصحاب الشافعيّ : لا يصحّ ، إذا كان على الميّت دينٌ يستغرقُ التركةَ . لأنه تعلّق به حقّ آدمي . فلم يصحّ رهنُه ، كالمرهون .

ولنا : أنه تصرّف صادف مِلكه ، ولم يُعلّق به حقاً . فصحّ ، كما لو رهن المرتدُّ ، وفارق المرهونَ . لأنّ الحقَّ تعلّق به ، باختياره . فأمّا فى مسألتنا ، فالحقُّ تعلّق به بغير اختياره ، فلم يمنع تصرّفه . وهكذا كلُّ حقّ ثبت من غير إثباته ، كالزكاة ، والجناية ، فلا يمنع رهنه . فإذا رهنه ، ثم قضى الحقَّ من غيره ، فالرهنُ بحاله . وإن لم يقض الحقَّ ، فللغرماء انتزاعُه . لأنّ حقّهم أسبقُ . والحكمُ فيه كالحكم فى الجانى . وهكذا الحكمُ لو تصرّف فى التركة ، ثم رُدَّ عليه مَبيعٌ باعه الميّتُ بعَيْبٍ ظهرَ فيه ، أو حقّ تجدّد تعلّقه بالتركة ، مثلُ أن وقع إنسانٌ ، أو بهيمةٌ فى بئرٍ حفره فى غير مِلكه بعد موته . فالحكمُ واحدٌ . وهو أنّ تصرّفه صحيحٌ غيرُ نافذ . فإن قضى الحقَّ من غيره ، نفذ ، وإلا فُسِخَ البيعُ ، والرهنُ .

٣٢٧١ (فصل) قال القاضى : لا يصحُّ رهنُ العبد المُسلم لكافرٍ . واختار أبو الخطّاب صحّةَ رهنه ، إذا شرطا كونَه على يد مُسلِم ، ويَبيعُه الحاكم إذا امتنع مالِكُه . وهذا أولى . لأنّ مقصود الرهن يحصُلُ من غير ضرر .

٣٢٧٢ « مسألة » قال { وإذا قبض الرهن من تشارطا أن يكون على يديه ، صار مقبوضاً }

وجملته : أن المتراهنَيْن إذا شرطا كونَ الرهن على يدَىْ رجُلٍ رَضِيَا به ، واتّفقا عليه ، جاز . وكان وكيلاً للمرتَهِنِ ، نائباً عنه فى القبض ، فمتى قبضه صحّ قبضُه ، فى قول جماعةِ الفقهاء . منهم: عطاء ، وعمرو ابن دينار ، والثوريُّ ، وابن المبارك ، والشافعيُّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحابُ الرأى . وقال الحكم ، والحارث العُكْلِيّ ، وقَتَادَةُ ، وابن أبى ليلى : لا يكونُ مقبوضاً بذلك . لأنّ القبضَ من تمام العقد . فتعلّق بأحدِ المتعاقدَيْنِ ، كالإيجاب ، والقبول .

ولنا : أنه قبض فى عقد ، فجاز فيه التوكيلُ كسائر القُبُوضِ ، وفارق القَبُولَ . لأنّ الإيجابَ إذا كان لشخصٍ كان القبولُ منهُ . لأنّه يُخاطَبُ به . ولو وَكّل فى الإيجاب ، والقبول ، قَبْلَ أن يُوجَبَ لَهُ صحّ أيضاً : وما ذكروه ينتقض بالقبض فى البيع ، فيما يُعتَبَرُ القَبضُ فيه .

إذا ثبت هذا : فإنّه يجوز أن يجعلا الرهن على يَدَىْ مَنْ يجوزُ توكيلُه ، وهو الجائزُ التصرُّف ، مُسلماً كان ، أو كافراً ، عَدْلاً ، أو فاسقاً ، ذكراً ، أو أنثى . ولا يجوزُ أن يكون صَبِيًّا . لأنّه غيرُ جائزُ التصرُّف مُطلقاً . فإن فعلا ، كان قبضُه ، وعدمُ القبض واحداً ، ولا عبداً بغير إذن سيّده : لأنّ منافع العبد لسيّده . فلا يجوز تضييعُها فى الحفظ بغير إذنٍ . فإن أذن له السيِّد ، جاز ، وأما المكاتَبُ ، فإن كان

بِجُعْلٍ جازَ . لأن له الكسبَ ، وبذلَ منافعه بغير إذن السيِّد . وإن كان بغير جُعْلٍ لم يَجُز . لأنّه ليس له التبرُّع بمنافعه .

٣٢٧٣ (فصل) فإن جَعلا الرهن فى يد عَدْلَيْنِ، جاز . ولهما إمساكُه . ولا يجوزُ لأحدهما الانفرادُ بحفظه ، وإن سلّمه أحدُهما إلى الآخَرِ ، فعليه ضمانُ النِّصْفِ . لأنه القدرُ الذى تعدَّى فيه . وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىِّ . وفى الآخَرِ : إذا رضى أحدُهما بإمساك الآخَرِ ، جاز ، وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : إن كان ممَّا يَنقَسِمُ اقْتَسَماهُ ، وإلاَّ فلِكُلِّ واحدٍ منهما إمساكُ جميعه . لأنَّ اجتماعهما على حفظه يَشُقُّ عليهما . فحُمِلَ الأمرُ على أنَّ لِكُلِّ واحدٍ منهما الحِفْظَ .

ولنا : أن المتراهنَيْنِ لم يَرْضَيا إلاَّ بحفظهما ، فلم يجُز لأحدهما الانفرادُ بذلك ، كالوصيَّيْنِ ، لا ينفردُ أحدهما بالتصرُّف . وقولهم : إن الاجتماع على الحفظ يَشُقّ ، ليس كذلك . فإنَّه يمكن جَعْلُه فى مَخْزَنٍ لِكُلِّ واحدٍ منهما عليه قُفْلٌ .

٣٢٧٤ (فصل) وما دام العدلُ بحاله لم يتغيَّر عن الأمانة ، ولا حدثت بينه ، وبين أحدهما عَدَاوَةٌ ، فليس لأحدهما ، ولا للحاكم نقلُ الرهن عن يده . لأنَّهما رَضِيَا به فى الابتداء . وإن اتّفقا على نقله ، جازَ . لأنَّ الحقَّ لهما ، لم يَعْدُهما . وكذلك لو كان الرهنُ فى يد المرتهن ، فلم يتغيَّر حالُه ، لم يكن للراهن ، ولا للحاكم نقلُه عن يده . وإن تغيَّرت حالُ العَدْلِ بِفسْقٍ ، أو ضَعْفٍ عن الحفظ ، أو حدثت عَدَاوةٌ بينه ، وبينهما ، أو بين أحدهما ، فلِمَنْ طلب نقلَه عن يده ، ذلك . ويَضَعانِه فى يد مَنْ يتَّفقان عليه . فإن اختلفا ، وضعه الحاكمُ على يد عَدْلٍ ، وإن اختلفا فى تغيُّر حاله بحث الحاكمُ ، وعَمِل بما يظهرُه له . وهكذا لو كان فى يد المرتهن ، فتغيَّرت حالُه فى الثِّقةِ والحِفْظِ . فللراهن رفعُه عن يده إلى الحاكم ، ليضعه فى يد عَدْلٍ . وإذا ادَّعَى الراهنُ تغيُّرَ حال المرتهن ، فأنكر بحثَ الحاكم عن ذلك ، وعَمِل بما بَانَ لَهُ . وإن مات العدلُ ، أو المرتهنُ ، لم يكن لورثتهما إمساكُه إلاَّ بتراضيهما . فإن اتَّفقا على ذلك ، جازَ . وإن اتَّفقا على عَدْلٍ يضعانه على يده ، فلهما ذلك . لأنَّ الحقَّ لهما ، فيفوَّضُ أمرُه إليهما . فإن اختلف الراهنُ والمرتهنُ عند موت العَدْل ، أو اختلف الراهنُ وورثةُ المرتهن ، رفعا الأمرَ إلى الحاكم ، ليضعه على يد عَدْلٍ . وإن كان الرهنُ فى يد اثنين ، فمات أحدُهما ، أو تغيَّرت حالُه بفسقٍ ، أو ضعفٍ عن الحفظ ، أو عداوةٍ بين أحد المتراهنَيْن ، أُقيمَ مُقامَه عَدْلٌ ينضمُّ إلى العدل الآخَرِ . فيَحْفَظان معاً .

٣٢٧٥ (فصل) ولو أراد العدلُ ردَّه عليهما ، فله ذلك . وعليهما قبولُه . وبهذا قال الشافعىُّ . لأنَّه أمينٌ متطوِّع بالحفظ . فلا يلزمُه المُقامُ عليه . فإن امتنعا ، أجبرَهما الحاكمُ . فإن تغيَّبا ، نصبَ الحاكمُ أميناً يقبضُه لهما . لأنَّ للحاكم ولايةً على الممتنع من الحقِّ الذى عليه . ولو دفعه إلى الأمين من غير

امتناعهما ، ضَمِنَ ، وضمنَ الحاكمُ لأنَّه لا ولايةَ له على غير الممتنع . وكذا لو تركه العدلُ عند آخر ، مع وجودهما ، ضَمِنَ ، وضمن القابضُ . وإن امتنعا ، ولم يجدا حاكماً فتركه عند عَدْلٍ آخرَ ، لم يَضْمَنْ . وإن امتنع أحدُهما لم يكن له دفعُه إلى الآخر . فإن فعل ضمن ، والفرقُ بينهما : أنَّ أحدَهما يُمسكه لنفسه ، والعدلُ يمسكه لهما . هذا فيما إذا كانا حاضرين . فأمَّا إذا كانا غائبين نظرتَ . فإن كان للعدل عُذرٌ من مرض ، أو سفَرٍ ، أو نحوه ، رفعَهُ إلى الحاكم ، فقبضه منه ، أو نصب له عَدْلاً يقبضُه لهما . فإن لم يجد حاكماً ، أودعه عند نفسه . وليس له دفعُه إلى ثقةٍ يودعُه عنده ، مع وجود الحاكم . فإن فعل ضمن . فإن لم يكن له عذر ، وكانت الغَيْبَةُ بعيدةً ، إلى مسافة القصر ، قبضَه الحاكمُ منه . فإن لم يجد حاكماً ، دفعه إلى عدل . وإن كانت الغَيْبةُ دون مسافة القصر ، فهو كما لو كانا حاضرَيْنِ ، لأنَّ ما دون مسافة القصر في حُكم الإقامة . وإن كان أحدُهما حاضراً ، والآخرُ غائباً ، فحكمُهما حكمُ الغائبَين . وليس له دفعه إلى الحاضر منهما . وفي جميع هذه الأقسام : متى دفعه إلى أحدهما لزمه ردُّه إلى يده . وإن لم يفعل ، فعليه ضمانُ حقِّ الآخر .

٣٢٧٦ (فصل) إذا كان الرهنُ على يد عدل ، وشرطا له أن يبيعه عند حُلول الحقِّ ، صحَّ ، ويصحُّ بيعُه ، وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيُّ ، فإن عَزلَ الراهنُ العَدْلَ عن البيع ، صحَّ عزلُه ، ولم يملك البيعَ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، لا ينعزلُ . لأنَّ وَكالتَهُ صارت من حقُوق الرهن . فلم يكن للراهن إسقاطُه ، كسائر حُقوقه . وقال ابن أبي موسى : ويتوجَّه لنا مثلُ ذلك ، فإنَّ أحمد قد منع الحِيلةَ في غير مَوْضعٍ من كُتبه ، وهذا يفتحُ باب الحيلة للراهن ، فإنَّه يشترط ذلك للمرتَهِنِ ليُجيبَهُ إليه ، ثم يعزله . والأولُ هو المنصوص عنه . لأنَّ الوَكالة عقدٌ جائز . فلم يلزم المُقامُ عليها ، كسائر الوَكالاتِ . وكونُه من حقوق الراهن لا يَمْنَعُ من جوازه ، كما لو شرطا الرهنَ في البيع ، فإنَّه لا يصيرُ لازماً ، وكذلك لو مات الراهنُ بعد الإذن ، انفسخت الوكالةُ ، وقياسُ المذهب أنَّه متى عَزَلهُ عن البيع ، فللمرتهن فسخُ البيع الذي حصَل الرهنُ بثمنه ، كما لو امتنع الراهنُ من تسليم الرهن المشروطِ في البيع ، فأما إن عزله المرتهنُ ، فلا يَنْعَزِلُ ، لأنَّ العدلَ وكيلُ الراهن ، إذ الرهنَ مِلْكُه ، ولو انفرد بتوكيله ، صحَّ ، فلم ينعزلْ بعَزْلِ غيره ، لكن لا يجوزُ بيعُه بغير إذنه ، وهكذا لو لم يَعزِلاه ، فحلَّ الحقُّ لم يبعه حتَّى يستأذنَ المرتَهن . لأن البيع لحقِّه ، فلم يجُز حتَّى يأذن فيه ، ولا يحتاجُ إلى تجديد إذنٍ من الراهن ، في ظاهر كلام أحمد . لأنَّ الإذنَ قد وُجِد مرَّةً ، فيكفي ، كما في الوكالة في سائر الحقُوق ، وذكر القاضي وجهاً آخرَ : أنَّه يحتاجُ إلى تجديد إذنٍ ، لأنَّه يكونُ له غَرَضٌ في قَضاء الحقِّ من غيره ، والأول أولى ، فإنَّ الإذنَ كافٍ ما لم يغيِّر ، والغرضُ لا اعتبار به

مع صريح الإذن بخلافه ، بدليل ما لو جدّد الإذنَ له ، بخلاف المرتهن ، فإنّ المَبيعَ يفتقر إلى مطالبته بالحقّ ، ومذهبُ الشافعيّ نحوٌ من هذا .

٣٢٧٧ (فصل) ولو أتلَفَ الرهنَ في يد العدلِ أجنبيٌّ ، فعلى الجانى قيمتُه ، يكون رهناً في يده ، وله المطالبةُ بها ، لأنّها بدلُ الرهن ، وقائمةٌ مَقامَه ، وله إمساكُ الرهن ، وحِفظُه ، فإن كان المتراهنان أذِنا له في بيع الرهن . فقال القاضى : قياسُ المذهب أنّ له بيعَ قيمتِهِ ، لأنّ له بيعَ نَماءِ الرّهن ، تبعاً للأصل ، فالقيمةُ أولى . وقال أصحابُ الشافعيّ : ليس له ذلك ، لأنّه متصرِّف بالإذن ، فلا يملك بيعَ ما لم يُؤْذَن له في بيعه ، والمأذونُ في بيعه قَدْ تَلِفَ ، وقيمتهُ غيرُه ، وللقاضى أن يقول : إنَّه قد أُذِنَ له في بيع الرهن ، والقيمةُ رهنٌ يثبُت لها حكمُ الأصل : من كونه يَملِكُ المطالبةَ بها ، وإمساكَها ، واستيفاء دَيْنِهِ من ثمنها ، فكذلك بيعَها ، فإن كانت القيمةُ من جنس الدين ، وقد أُذِن له في وفائه من ثمن الرهن ، ملكَ إيفاءه من القيمة ، لأنّها بدلُ الرهن من جنس الدين ، فأشبهت ثمنَ المبيع .

٣٢٧٨ (فصل) وإذا أذِنا للعدل في البيع ، وعيّنا له نقداً ، لم يجُز له أن يُخالفهما ، وإن اختلفا ، فقال أحدهما : بِعهُ بدراهمَ ، وقال الآخرُ : بدنانيرَ ، لم يُقبل قولُ واحد منهما ، لأنّ لكلّ واحد منهما فيه حَقّاً : للراهن ملكُ العين ، وللمُرتَهِنِ حقّ الوَثيقةِ ، واستيفاءِ حقّه ، ويرفعُ الأمرُ إلى الحاكم ، فيأمرُ من يبيعُه بنقدِ البلدِ ، سواء كان من جنس الحقّ ، أو من غير جنسه ، وافق قولَ أحدها ، أو لم يوافق ، لأنّ الحظ في ذلك ، والأولى أن يبيعَه بما يَرى الحظّ فيه ، فإن كان في البلد نقدان ، باعه بأغلبهما ، فإن تساويا ، فقال القاضى : يبيعُ بما يؤدّيه اجتهادُه إليه ، وهو قولُ الشافعيّ لأنّه الأحظّ ، والغرضُ تحصيلُ الحظّ ، فإن تساويا ، باع بجنس الدين ، فإن لم يكن فيها جنس الدين ، عيّن له الحاكمُ ما يبيعُه به وحكمُه حكمُ الوكيل في وجوب الاحتياط ، والمنع من البيع بدون ثمنِ المِثْل ، ومِنَ البيع نَساءً ، متى خالف لزِمَهُ ما يلزمُ الوكيل المُخالِفَ . وذُكر في البيع نَساء روايةٌ أخرى : أنّه يجوزُ ، بناء على الوكيل ، ولا يصحّ ، لأن البيع ههنا لإيفاء دينٍ حالّ يجبُ تعجيلُه . والبيعُ نَساء يمنعُ ذلك . وكذا نقول في الوكيل متى وُجِدَتْ في حقّه قرينةٌ دالّة على منع البيع نَساء ، لم يجُز له ذلك ، وإنّما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن، وكلّ موضع حكمنا بأنّ البيعَ باطلٌ وجب رَدُّ المبيع إن كان باقياً ، فإن تعذَّر فللمرتَهن تَضمِينُ من شاء من العَدْل ، والمشترى بأقلّ الأمرين من قيمة الرهن ، أو قدر الدّين . لأنّه يقبضُ قيمةَ الرهن مستوفياً لحقّه لا رهناً ، فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه . وما بقى من قيمة الرهن للراهن . يرجعُ به على من شاء منهما . وإن استوفى دينه من الرهن . رجع الراهنُ بقيمته على من شاء منهما ، ومتى ضمن المشترى لم يرجع على أحدٍ . لأنّ العينَ تلِفتْ في يده ، وإن ضمن العدلُ رَجَع على المشترى .

٣٢٧٩ (فصل) ومتى قدّرا له ثمناً ، لم يجُز له بيعُه بدونه ، وإن أطلقا ، فله بيعُه بثمن مثلِه ، أو زيادةٍ عليه . وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : له بيعُه ، ولو بدراهم ، والكلامُ معه فى الوكالة . فإن أطلقا ، فباع بأقلّ من ثمن المثل مما يتغابَنُ الناس به ، صحّ ، ولا ضمانَ عليه . لأنّ ذلك لا يُضبَطُ غالباً . وإن كان النقصُ مما لا يتغابَنُ الناسُ به ، أو باع بأنقص مما قدّرا له ، صحّ البيعُ . وضمن النقصَ كلَّه ، ذكره أصحابُنا والأوْلَى أنّه لا يصحّ البيعُ . لأنه بيعٌ لم يُؤذن له فيه ، فأشبه ما لو خالف فى النقد .

٣٢٨٠ (فصل) وإذا باع العدلُ الرهنَ بإذنهما ، وقبض الثمن ، فتلِفَ فى يده ، من غير تعدٍّ ، فلا ضمان عليه ، لأنّه أمينٌ . فهو كالوكيل ، ولا نعلمُ فى هذا خلافاً . ويكون من ضمان الراهن . وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : من ضمان المُرتهِن ، لأنّ البيعَ لِأجْلِه .

ولنا : أنه وكيلُ الراهن فى البيع ، والثمنُ مِلْكُه ، وهو أمينٌ له فى قبضه ، فإذا تلفَ كان من ضمان مُوكِّله ، كسائر الأُمَناء ، وإن ادّعى التلفَ ، فالقولُ قولُه مع يمينه ، لأنه أمين . ويتعذّر عليه إقامة البيِّنة على ذلك . وإن كلّفناه البيِّنة . شقّ عليه ، وربّما أدّى إلى أن لا يدخُل الناسُ فى الأمانات . فإن خالفاه فى قبض الثمن ، فقالا : ما قبضه من المشترى ، وادّعى ذلك ، ففيه وجهان :

أحدهما : القولُ قولُه ، لأنّه أمين . والآخرُ لا يُقبَل . لأنّ هذا إبراء للمشترى من الثمن . فلا يُقبل قولُه فيه ، كما لو أبرأه من غير الثمن ، وإن خرج المبيعُ مُستَحَقّاً ، فالعهدةُ على الراهن دون العَدْلِ . إذا كان قد أعلم المشترىَ أنّه وكيلٌ ، وكذلك كلُّ وكيلٍ باعَ مالَ غيره . وهذا مذهبُ الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : العُهدة على الوكيل ، والكلامُ معه فى الوكالة ، فإن علم المشترى بعد تلف الثمن فى يد العَدْل رجع على الراهن ، ولا شىء على العَدْل . فإن قيل : فلِمَ لا يرجعَ المشترى على العدل ، لأنّه قبضَ الثمن بغير حقّ ؟ قلنا : لأنّه سلّمه إليه على أنه أمين فى قبضه ، يُسلّمه إلى المُرتهِن . فلذلك لم يجب الضمانُ عليه . فأما المرتهن ، فقد بان له أنّ عقد الرهن كان فاسداً . فإن كان مَشروطاً فى بيعٍ ثبت لهُ الخيارُ فيه ، وإلاّ سقط حقّه . فإن كان الراهنُ مُفلِساً حيّاً ، أو مَيّتاً . كان المرتهنُ والمشترى أُسْوةَ الغُرَماء ، لأنّهم متساوُون فى ثبوت حقّهم فى الذمّة ، فاستووْا فى قِسْمةِ ماله بينهم . فأمّا إن خرج مُسْتَحَقّاً بعد مادفع الثمن إلى المُرتهِن . رجع المشترى على المُرتهِن . وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة يرجعُ على العدل ، ويرجعُ العدلُ على أيِّهما شاء ، من الراهن ، والمرتهن .

ولنا : أن عَيْن مالِه صار إلى المُرتهن بغير حقّ ، فكان رجوعُه عليه ، كما لو قبضه منه . فأمّا إن كان المشترى ردّه بعيب ، لم يرجع على المرتهن ، لأنّه قبض الثمن بحقّ ، ولا على العدل ، لأنّه أمينٌ ، ووكيل ، ويرجعُ على الراهن . وإن كان العدل حين باعه لم يعلم المشترى أنّه وكيل . كان للمشترى الرجوعُ عليه ،

ويرجع هو على الراهن إن أقرّ بذلك ، أو قامت به بيّنة . وإن أنكر ذلك . فالقولُ قولُ العدل مع يمينه ، فإن نكل عن اليمين ، فقضى عليه بالنكول ، أو ردّت اليمين على المشترى ، فحلف ، ورجع على العدل ، لم يرجع العدلُ على الراهن . لأنه يقرّ أنه ظلمه ، وعلى قول الخرقىّ : القولُ فى حدوث العيْب قولُ المشترى مع يمينه ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد . فإذا حلف المشترى ، رجع على العدلِ ، ورجع العدلُ على الراهن ، وإن تلف العبدُ المبيعُ فى يد المشترى . ثم بان مستحَقًّا قبل وزن ثمنه ، فللمغصوب منهُ تضمينُ من شاء ، من الغاصب ، والعدل ، والمرتهن ، ويستقرّ الضمانُ على المشترى . لأن التلف فى يده . هذا إذا علم بالغصب . وإن لم يكن عالماً ، فهل يستقرّ الضمانُ عليه ، أو على الغاصب ؟ على روايتين .

٣٢٨١ (فصل) فإن ادّعى العدلُ دفعَ الثمن إلى المرتهن ، فأنكر : فقال القاضى وأبو الخطاب : يُقبل قوله فى حقّ الراهن ، ولا يُقبل فى حقّ المرتهن . وهو مذهب الشافعىّ . لأنّ العدلَ وكيلُ الراهن فى دفع الدين إلى المرتهن ، وليس بوكيلِ المرتهن فى ذلك ، إنّما هو وكيلُه فى الحفْظ فقط . فلم يُقبل قولُه عليه فيما ليس بوكيل له فيه ، كما لو وكَّل رجلاً فى قضاء ديْن ، فادّعى أنّه سلّمه إلى صاحب الدين . وقال الشريفُ أبو جعفر ، وأبو الخطّاب فى رءوس مسائلهما : يُقبلُ قولُه على المرتهن فى إسقاط الضمان عن نفسه . ولا يُقبل فى إيجاب الضمان على غيره . وهذا مذهب أبى حنيفة ، لأنّه أمينٌ فقُبلَ قولُه فى إسقاط الضمان عن نفسه ، كالمودَع يدّعى ردّ الوديعة ، فعلى هذا : إذا حلف العدلُ له سقط الضمانُ عنه ، ولم يثبُت عن المرتهن أنه قبضه . وعلى القول الأوّل يحلفُ المرتهنُ ، ويرجعُ على من شاء منهما ، فإن رجع على العدل لم يرجع العدلُ على الراهن ، لأنّه يقولُ : ظلمنى ، وأخذ منّى بغير حقّ ، فلم يرجعْ على الراهن ، كما لو غصبه مالاً آخرَ . فإن رجع على الراهن ، فهل يرجعُ الراهنُ على العدل ؟ نظرتَ . فإن كان دَفَعه إلى المرتهن بحَضْرَةِ الراهن ، أو ببيِّنة ، فماتت ، أو غابَتْ ، لم يرجعْ عليه ، لأنّه أمينٌ ، ولم يُفرّط فى القضاء ، وإن دفعه إليه ببيِّنة فى غَيْبةِ الراهن . ففيه روايتان :

إحداهما : يرجعُ الراهن عليه . لأنّه مُفرّط فى القضاء بغير بيِّنة ، فلزمه الضمانُ ، كما لو تلف الرهنُ بتفريطه ، ويحتملُ أن يكون هذا معنى قول الخِرَقىّ . ومن أمر رجلا أن يدفع إلى رجل مالاً ، وادّعى أنّه دفعه إليه . لم يُقبل قولُه على الآمر إلاّ ببيِّنة .

والرواية الثانية : لا يرجعُ الراهنُ عليه . لأنّه أمينٌ فى حقّه . سواء صدّقه فى القضاء ، أو كذّبه. إلا أنّه إن كذّبه ، فله عليه اليمين .

٣٢٨٢ (فصل) إذا غصب المرتهنُ الرهنَ من العَدْلِ ، ثمّ ردّه إليه ، زال عنه الضمانُ ، ولو كان

الرهنُ في يد المرتهن ، فتعدَّى فيه ، ثم أزال التعدَّى ، أو سافر به ، ثم ردَّه لم يُزلْ عنه الضمانُ . لأنَّ استئمانهَ زَال بذلك . فلم يفسُد بفعله مع بقائه في يده ، بخلاف التي قبلها . فإنه ردَّه إلى يَدِ نائب مالكها ، فأشبه ما لو ردَّها إلى مالكها .

٣٢٨٣ (فصل) وإذا استقرض ذميٌّ من مُسلم مالاً ، ورهنه خمراً . لم يصحَّ ، سواء جعله على يد ذِميٍّ ، أو غيره، فإن باعها الراهن أو نائبه الذمِّي ، وجاء المقرضَ بثمنها ، لزمه قبولُه ، فإن أبى قيل له : إمَّا أن تقبض ، وإمَّا أن تبرِئ . لأنَّ أهلَ الذمَّة إذا تقابضوا في العقود الفاسدة جرَتْ مجرى الصحيحة . قال عمر رضي الله عنه في أهل الذمَّة مَعهُم الخمرُ : وَلُّوهُمْ بَيْعَها وَخُذُوا مِنْ أَثْمانِهَا . وإن جعلها على يد مُسلم فباعها . لم يُجبَر المرتهنُ على قبول الثمن . لأنَّ ذلك البيعَ فاسدٌ ، لا يُقرَّان عليه ، ولا حُكْمَ لَهُ .

٣٢٨٤ « مسألة » قال ﴿ ولا يَرهَنُ مالَ مَنْ أوصى إليه بحفظ ماله إلاَّ من ثقة ﴾

وجملته : أن وَليَّ اليتيم ليس له رهنُ ماله ، إلا عند ثِقةٍ يُودِع مالَه عنده ، لئلاَّ يَجْحَدَهُ ، أو يُفرِّط فيه ، فيضيعَ . قال القاضي : ليس لوليِّه رهنُ ماله إلاَّ بشرطين :

أحدهما : أن يكون عند ثقة .

الثاني : أن يكون له فيه حظّ ، وهو أن يكون به حاجةٌ إلى نفقة ، أو كسْوةٍ ، أو إنفاق على عقاره المتهدِّم أو أرضه ، أو بهائمه ، ونحو ذلك ، ومالُه غائبٌ يتوقَّع ورودَه ، أو ثمرةٌ ينتظرُها ، أو له دينٌ مؤجَّل يحُلُّ ، أو متاعٌ كاسدٌ يرجو نَفاقَه ، فيجوزُ لوليِّه الاقتراضُ ، ورهنُ ماله ، وإن لم يكن له شيء ينتظرُه ، فلا حظَّ له في الاقتراض فيبيعُ شيئاً من أصول ماله ، ويصرفُه في نفقته ، وإن لم يجد من يُقرضه ، ووجد من يبيعه نَسِيئَةً ، وكان أحظَّ من بيع أصوله ، جاز أن يشتريه نَسِيئَةً ، ويرهنَ به شيئاً من ماله ، والوصيُّ ، والحاكمُ ، وأمينُه في هذا سواء . وكذلك الأبُ ، إلاَّ أن للأب أن يرهن من نفسه لولده ، ولنفسه من ولده ، ومن عداهُ بخلافه ، على إحدى الروايتين :

٣٢٨٥ (فصل) فأما أخذُ الرهن بمال اليتيم ، فيكونُ في بيعٍ ، أو قرضٍ ، وقد ذكرنا القرض في باب المُصَرَّاة ، وفي البيع ثلاثُ مسائل :

إحداهُنَّ : أن يبيع ما يُساوي مائةً نقداً . بمائة ، أو دونَها نَسِيئَةً ، ويأخذُ بها رَهْناً ، فهذا بيعٌ فاسدٌ. لأنَّ بيعه نقداً أحْوَطُ ، وكذلك لو جعل بعض الثمن نَسِيئَةً .

الثانية : أن يبيعه بمائةٍ نقداً ، وعشرين نَسِيئَةً يأخذُ بها رهناً ، فهذا جائزٌ : لأنَّه لو باعه بمائةٍ نقداً جاز . فإذا زاد عليها ، فقد زادهُ خيراً . سواء قلَّت الزيادةُ ، أو كثُرتْ .

الثالثة : باعه بمائةٍ وعشرين نَسيئةً ، وأخذ بها رَهْناً ، فهذا جائزٌ أيضاً . ذكره القاضى . وهو قول أصحاب الشافعىّ ، وقال بعضهم : لا يجوز . لأنّه تغريرٌ بماله ، وبيع النقد أحْوَطُ له .

ولنا : أن هذا عادةُ التجّار ، وقد أُمِرْناه بالتجارة ، وطَلَب الربح ، وهذا من جهاته ، والتغريرُ يزولُ بالرهن .

٣٢٨٦ (فصل) وحكم المُكاتب فيما ذكرناه حكمُ ولىّ اليتيم ، له أن يتصرّف فيما فى يديه ، فيما له فيه الحظُّ ، فأمّا المأذونُ ، فإن دفع له سيّده مالاً يتّجر فيه ، أو لم يدفع إليه ، فقال القاضى : ليس له التصرُّف بالنسيئة ، لأنّ ديُونه تتعلّق بذمّة السيّد ، فيتضررّ بذلك . لأن الدين غَرَرٌ ، بخلاف المُكاتَب .

٣٢٨٧ (فصل) ولو كان مالُ اليتيم رَهْناً ، فاستماده الوصىُّ لليتيم ، جاز ، وإن استماده لنفسه لم يَجُز . لأنّه لا يملك التصرُّف فى مال اليتيم لنفسه ، وعليه الضمانُ ، لأنّه قبضه على وجهٍ ليس له قبضُه ، وإن فكّه بمالِ اليتيم ، وأطلق ، فهو لليتيم ، وإن فكّه بمالِ نفسِه ، وأطلق ، فالظاهر أنّه استماده لنفسه . فإن قال : استمدته لليتيم ، قُبِلَ قولُه ، وإن تلف قبل ذلك ضَمِنَه . وإن قال : استمدتهُ لليتيم بعد هلاكه ، أو هلاك بعضه ، لم يُقبلْ قولُه ، لأنّنا حكمنا بالضمان ظاهراً ، فلا يزولُ بقوله ، والأولى أن يُقبل قولُه ، لأنّه أمين ، وهو أعلم بنيّته ، فيُقبلُ قولُه فيهما ، كما قبل التلَف .

٣٢٨٨ (فصل) ولو رهن الوصىّ ، أو الحاكمُ مالَ اليتيم عندَ مكاتَبه ، أو ولده الكبير ، صحّ . لأنّه لا وِلايةَ له عليهما .

٣٢٨٩ (فصل) ولو أوصى إلى رجلٍ بقضاء دينه ، فرهن شيئاً من تركته عند الغَرِيم ، أو غيره ، ضمِنَ . لأنّه لم يُؤذن له فى رهنها ، فضمن ، كما لو لم يوصِ إليها ، بقضاءِ دَيْنه .

٣٢٩٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا قضاه بعضَ الحقّ كان الرهنُ بحاله على ما بقى ﴾

وجملة ذلك : أن حقّ الوثيقةِ يتعلّق بالرهن جميعِه ، فيصيرُ محبوساً بكلّ الحقّ ، وبكلّ جزء منه ، لا ينفكّ منه شىء ، حتّى يُقْضَى جَميعُ الدّين . سواء كان ممّا يُمكن قِسْمَتُه ، أو لا يمكنُ . قال ابن المنذر : أجمعَ كلّ من أحفظ عنه من أهل العلم على أنّ من رَهن شيئاً بمالٍ ، فأدّى بعضَ المال ، وأراد إخراج بعض الرهن . أنّ ذلك ليس له ، ولا يخرُج شىء حتّى يُوفّيه آخرَ حقّه ، أو يُبْرِئه من ذلك . كذلك قال مالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأصحابُ الرأى : لأنّ الرهن وثيقةٌ بحقّ ، فلا يزولُ إلاّ بزوال جميعه ، كالضمان ، والشهادة .

٣٢٩١ « مسألة » قال ﴿ وإذا أعتق الراهن عبده المرهونَ ، فقد صار حرّاً . ويُؤخذ إن كان له مالٌ بقيمة المُعْتَق ، فيكون رهناً ﴾

وجملة ذلك : أنه ليس للراهن عِتقُ الرهن . لأنهُ يُبطِلُ حقّ المرتهن من الوثيقة ، فإن أعتق نفذ عتقُه ، موسراً كان أو مُعْسِراً . نصّ عليه أحمد . وبه قال شَرِيكٌ ، والحسنُ بن صالح ، وأصحابُ الرأى ، والشافعىّ فى أحد أقواله ، إلا أنّ أبا حنيفة قال : يستسعى العبدَ فى قيمته ، إن كان المُعتق مُعْسِراً ، وعن أحمد روايةٌ أخرى : لا ينفذُ عِتقُ المُعْسِر . ذكرها الشريفُ أبو جعفر ، وهو قول مالك . والقول الثانى للشافعىّ ، لأنّ عتقه يُسقط حقّ المرتهن من الوثيقة ، من عين الرهن ، وبدلها ، فلم ينفذ ، لما فيه من الإضرار بالمرتهن ، ولأنه عتق يُبْطِلُ حقّ غير المالك ، فنفذ من المُوسر ، دون المعسر ، كعتق شِرْكٍ له من عَبْدٍ ، وقال عطاء ، والبتّىّ ، وأبو ثور : لا ينفُذ عِتقُ الراهن ، مُوسراً كان أو مُعسراً . وهو القول الثالث للشافعىّ . لأنه معنًى يُبْطِلُ حدّ الوثيقة من الرهن ، فلم ينفُذ ، كالبيع .

ولنا : أنه إعتاق من مالك ، جائزِ التصرّف تامّ المالك ، فنفَذَ ، كعتق المستأجَر ، ولأن الرهن عينٌ محبوسةٌ لاستيفاء الحقّ ، فنفذ فيها عتقُ المالك ، كالمبيع فى يد البائع ، والعتقُ يخالف البيع ، فإنّه مبنىّ على التغليب ، والسِّراية ، وينفُذُ فى مِلك الغير ، ويجوزُ عِتقُ المبيع قبل قبضه ، والآبقِ ، والمجهولِ ، وما لا يُقْدَرُ على تسليمه ، ويجوزُ تعليقُه على الشروط ، بخلاف البيع .

إذا ثبت هذا : فإنّه إن كان مُوسراً أُخذت منهُ قيمتهُ ، فجُعِلتْ مكانَه رهناً ، لأنه أبطل حقّ الوثيقة بغير إذن المرتهن ، فلزمته قيمتُه ، كما لو أبطلها أجنبىّ ، أو كما لو أتلفه ، وتكون القيمةُ رَهْناً . لأنّها نائبةٌ عن العين ، وبدلٌ عنها ، وإن كان مُعسراً ، فالقيمة فى ذِمّته . فإن أيسر قبل حلول الحقّ ، أُخذت منه القيمةُ ، فجعلت رهناً ، إلاّ أن يختار تعجيلَ الحقّ ، فيقضيَه ، ولا يحتاجُ إلى رهن . وإن أيسر بعد حلول الحقّ ، طولبَ بالدين خاصّةً ، لأنّ ذِمّته تبرأ به من الحقّين معاً ، والاعتبارُ بقيمة العبد حال الإعتاق ، لأنّه حالُ الإتلاف . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة فى المُعسر : يَسْتَسْعِى العبدَ فى قيمته ، ثم يَرْجِعُ على الراهن ، وفيه إيجابُ الكسب على العبد ، ولا صُنْعَ له ، ولا جِنَايةَ منه ، وإلزامُ الغُرْمِ لمن وُجد منه الإتلافُ أولى ، كحال اليسار ، وكسائر الإتلاف .

٣٢٩٢ (فصل) وإن أعتقه بإذن المرتهن ، فلا نعلم خلافاً فى نفوذ عتقه ، على كلّ حال ، لأنّ المنع كان لحقّ المرتهن ، وقد أذن ، فيسقُط حقّه من الوثيقة ، موسراً كان المُعتقُ أو معسراً ، لأنه أذن فيما ينافى حقّه . فإذ وُجد زال حقّه ، وقد رضى به ، لرضاهُ بما ينافيه ، وأذنه فيه ، فلم يكن له بدلٌ . فإن رجع عن الإذن قبل العتق ، وعلم الراهنُ برجوعه ، كان كمن لم يأذن ، وإن لم يعلم الراهن برجوعه فأعتق ، ففيه وجهان . بناءً على عزل الوكيل بدون علمه . وإن رَجع بعد العتق ، لم ينفع رجوعُه ، والقولُ قولُ المرتهن مع يمينه ، لأنّ الأصلَ عدمُ الإذن ، ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن ،فالقولُ قولُ ورثةِ المرتهن أيضاً ،

إلاَّ أن أيمانَهُمْ على نفي العلم ، لأنها على فعل الغير . وإن اختلف المرتهن ، وورثةُ الراهن . فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه ، وإن لم يحلف قُضِيَ عليه بالنُّكولِ .

٣٢٩٣ (فصل) وإن تصرّف الراهنُ بغير العتق ، كالبيع ، والإجارة ، والهبة ، والوقف ، والرهن ، وغيره ، فتصرُّفه باطلٌ ، لأنَّه تصرّف يُبْطِلُ حق المرتهن من الوثيقة ، غير مَبنيّ على التغليب والسِّراية ، فلم يصحَّ بغير إذن المرتهن ، كفسخ الرهن ، فإن أذن فيه المرتهنُ صحّ ، وبطل الرهنُ ، لأنَّه أذن فيما ينافى حقَّه ، فيبطُل بفعله ، كالعتق ، وإن زوّج الأمَّ المرهونة ، لم يصحَّ ، وهذا اختيارُ أبى الخطّاب. وقول مالك ، والشافعيّ ، وقال القاضى ، وجماعةٌ من أصحابنا : يصحُّ ، وللمرتهن منعُ الزوج من وطئها ، ومَهرُها رهنٌ معها . وهذا مذهبُ أبى حنيفة لأنَّ محلَّ النكاح غيرُ محلِّ عقد الرهن ، ولذلك صحّ رهنُ الأمة المُزوَّجة ، ولأنّ الرهن لا يُزيل المِلك ، فلا يمنعُ التزويج ، كالإجارة .

ولنا : أنه تصرّف فى الرهن بما ينقص ثمنه ، ويستغلّ بعض منافعه ، فلم يملكْهُ الراهنُ بغير رضا المرتهن ، كالإجارة ، ولا يخفى تنقيصُه لثمنها ، فإنَّه يعطِّل منافعَ بعضها ويمنعُ مشتريَها من وطئها ، وحِلِّها ، ويوجب عليه تمكينَ زَوْجها من استمتاعها فى الليل ، ويعرِّضها بوطئه للحَمْل الذى يُخاف منه تَلَفُها ، ويشغَلُها عن خدمته ، بتربيةِ ولدها ، فتذهَبُ الرغبةُ فيها ، وتنقُصُ نَقْصاً كثيراً ، وربما منع بيعَها بالكلّية. وقولهم إن محلَّ عقد النكاح غيرُ محلِّ الرهن، غيرُ صحيح . فإنَّ محلَّ الرهن محلُّ البيع ، والبيعُ يتناول جُملتها ، ولهذا يُباح لمشتريها استمتاعُها ، وإنّما صحّ رهنُ المزوَّجة ، لبقاء معظم المنفعة فيها ، وبقائها محلاًّ للبيع ، كما يصحُّ رهنُ المستأجَرة . ويُفارق الرهنُ الإجارَة ، فإن التزويجَ لا يؤثِّر فى مقصود الإجارة ، ولا يمنعُ المستأجِرَ من استيفاء المنافع المستحَقَّة له ، ويؤثِّر فى مقصود الرهن ، وهو استيفاء الدين من ثمنها ، فإنَّ تزويجها يمنعُ بيعَها ، أو ينقُص ثمنها ، فلا يُمكن استيفاء الدين بكماله .

٣٢٩٤ (فصل) ولا يجوز للراهن وطء أمته المرهونة ، فى قول أكثر أهل العلم . وقال بعض أصحاب الشافعىِّ رضى الله عنه : له وطء الآيسَةِ ، والصغيرة ، لأنَّه لا ضرر فيه ، فإنَّ علة المنع الخوفُ من الحمل ، مخافةَ أن تَلِد منه ، فتخرُجِ بذلك عن الرهن ، أو تتعرَّض للتلف ، وهذا معدوم فيهما . وأهل العلم على خلاف هذا . قال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على أن للمرتهن منعَ الراهن من وطء أمته المرهونة ، ولأنَّ سائر من يحرُم وطؤها لا فرق فيه بين الآيسة ، والصغيرة ، وغيرها ، كالمعتدَّة ، والمستبرَأة ، والأجنبية ، ولأنَّ الذى تَحْبَلُ فيه ، يختلفُ ، ولا يتحرَّر ، فمنُع من الوطء جملةً ، كما حُرِّم الخمرُ للسُّكر ، وحُرِّم منه اليسيرُ الذى لا يُسْكرُ ، لكون السُّكر يختلفُ ، وإن وطيء فلا حدَّ عليه ، لأنَّها ملكُه ، وإنَّما حرُمت عليه لعارض ، كالمُحرِمة ، والصائمة ، ولا مَهرَ عليه ، لأنَّ المرتهن لا حقَّ له فى منفعتها ،

ووطؤها لا ينقصُ قيمتها ، فأشبه ما لو استخدمها ، وإن تلف جزء منها ، أو نقصها ، مثلُ أن افتض البكرَ أو أفضاها . فعليه قيمةُ ما أتلف ، فإن شاء جعله رهناً معها ، وإن شاء جعله قضاءً من الحقّ . إن لم يكن حلّ . فإن كان الحقّ قد حلّ ، جعله قضاءً لا غيرُ ، فإنّه لا فائدة فى جعله رَهْناً ولا فرق بين الكبيرة ، والصغيرة فيما ذكرناه .

٣٢٩٥ « مسألة » قال ﴿ وإن كانت جاريةً ، فأولدها الراهنُ خرجت أيضاً من الرهن ، وأخذ منه قيمتها ، فتكونُ رهناً ﴾

وجملته : أن الراهن إذا وطىء أمته المرهونة ، فأولدها ، خرجت من الرهن ، وعليه قيمتُها حين أحْبَلَها ، كما لو جرَح العبد ، كانت عليه قيمتُه حين جرَحَه ، ولا فرق بين الموسر والمُعسر ، إلاّ أنَّ الموسر يُؤخذ منه قيمتُها ، والمُعسرَ يكونُ فى ذمّته قيمتُها ، على حسب ما ذكرنا فى العتق ، وهذا قولُ أصحاب الرأى ، وقولُ الشافعىّ ههنا كقوله فى العتق ، إلاّ أنه إذا قال له لا ينفذُ الإحْبَالُ ، فإنّما هو فى حقّ المرتهن ، فأمّا فى حقّ الراهن فهو ثابت لا يجوز له أن يهبَها للمرتهن ، ولو حلّ الحقُّ وهى حامل ، لم يجُز بيعُها ، لأنّها حاملٌ بحُرّ ، فإذا ولدت لم يجُز بيعُها ، حتّى تَسْقِيَ ولدَها اللِّبأ ، فإن وُجد من يرضعُه بيعَتْ ، وإلاّ تُركَتْ حتّى تُرْضِعَه ، ثم يُباع منها بقدر الدَّيْن خاصّة ، ويثبت للباقى حكم الاستيلاد ، فإذا مات الراهنُ عتَقَ ، وإن رجع هذا المبيعُ إلى الراهن بإرثٍ ، أو بَيْعٍ أو هِبَةٍ ، أوغير ذلك ، أو بِبَيْعِ جميعها ، ثمّ رجعتْ إليه ، ثبت لها حكمُ الاستيلاد ، وقال مالك : إن كانت الأمة تخرُج إلى الراهن ، وتأتيه ، خرجت من الرهن ، وإن تَسَوَّر عليها . أُخِذَ ولدُها ، وبيعت .

ولنا : أن هذه أمّ ولد ، فلم يثبُت فيها حكمُ الرهن ، كما لو كان الوطء سابقاً على الرهن ، أو نقول : معنى يُنافى الرهن فى ابتدائه فنافاه فى دوامه ، كالحرّية .

٣٢٩٦ (فصل) فإن كان الوطء بإذن المرتهن ، خرجت من الرهن ، ولا شىء للمرتهن ، لأنّه أذن فى سبب ما يُنافى حقّه ، فكان إذناً فيه ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وإن لم تَحْبَلْ ، فهى رهنٌ بحالها ، فإن قيل : إنما أذن فى الوطء ، ولم يأذن فى الإحبال ، قلنا : الوطء هو المُفضى إلى الإحبال ، ولا يقفُ ذلك على اختياره ، فالإذن فى سببه إذنٌ فيه ، فإن أذن ، ثمّ رجع ، فهو كمن لم يأذن ، وإن اختلفا فى الإذن، فالقولُ قولُ من يُنكره ، وإن أقرّ المرتهنُ بالإذن ، وأنكر كونَ الولد من الوطء المأذون فيه ، أو قال : هو من زوج ، أو زناً ، فالقولُ قولُ الراهن بأربع شروط :

أحدها : أن يعترف المرتهنُ بالإذن .

والثانى : أن يعترف بالوطء ، والثالث : أن يعترف بالولادة ، والرابع : أن يعترف بمضىّ مدّةٍ بعد

الوطء يمكنُ أن تلد فيها ، فحينئذ لا يُلتفتُ إلى إنكاره ويكون القولُ قولَ الراهن بغير يمين ، لأنَّنا لم نُلحقه به بدعواه ، بل بالشرع ، فإن أنكر شرطاً من هذه الشروط ، فقال : لم آذن ، أو قال : أذنتُ ، فما وَطِئتُ . أو قال : لم تمض مدّةٌ تضعُ فيها الحمل منذُ وُطئت ، أو قال : ليس هذا ولدَها ، وإنما استعارته ، فالقولُ قولُه ، لأنّ الأصلَ عدمُ ذلك كلِّه ، وبقاء الوثيقة صحيحةً ، حتى تقوم البيِّنة ، وهذا مذهبُ الشافعيّ .

٣٢٩٧ (فصل) ولو أذن فى ضربها ، فضربها ، فتلفت ، فلا ضمان عليه . لأنّ ذلك تولّد من المأذون فيه ، كتولُّد الإحبال من الوطء .

٣٢٩٨ (فصل) إذا أقرّ الراهنُ بالوطء لم يخْلُ من ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يقرَّ به حالَ العقد ، أو قبل[1] لزومه ، فحكمُ هذين واحدٌ ، ولا يَمنعُ ذلكَ صحَّة العقد . لأنّ الأصل عدمُ الحمل ، فإن بانت حائلاً أو حاملاً بولدٍ لا يَلْحَقُ بالراهن ، فالرهنُ بحاله ، وكذلك إن كان يَلحق به ، لكن لا تصيرُ به أمّ ولدٍ ، مثلُ أنْ وطِئها وهى زوجتُه ، ثم مَلَكها ، ورهنَها وإن بانت حاملاً بولدٍ تصيرُ به أمّ وَلَدٍ ، بطلَ الرهنُ ، ولا خيار للمرتهن ، وَإن كان مشروطاً فى بيع ، لأنه دخل مع العلم بأنَّها قد لا تكون رهناً ، فإذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذى علمه ، لم يكن له خيارٌ ، كالمريض إذامات ، والجانى إذا اقتُصَّ منه ، وهذا قولُ أكثر أصحاب الشافعىّ ، وقال بعضهم : له الخيار . لأنّ الوطء نفسَه لا يُثْبِتُ الخيارَ ، فلم يكن رضاهُ بهِ رضًى بالحمل الذى يَحْدُث منه ، بخلاف الجناية ، والمرض ، ولنا أن إذنَه فى الوطء إذنٌ فيما يؤولُ إليه ، كذلك رضاه به رضًى بما يؤولُ إليه .

(الحال الثالث) أقرّ بالوطء بعد لزوم الرهن ، فإنه يُقبل فى حقِّه ، ولا يُقبل فى حقِّ المرتهن ، لأنَّه أقرّ بما يفسخُ عقداً لازماً لغيره ، فلم يُقبل ، كما لو أقرّ بذلك بعد بيعها ، ويحتملُ أن يُقبَل ، لأنَّه أقرّ فى ملكه بما لاَ تهمةَ فيه ، لأنَّه يَسْتَضِرُّ بذلك أكثرَ من نفعه بخروجها من الرهن ، والأول أصحّ ، لأنّ إقرار الإنسان على غيره لاَ يقبل ، وهكذا الحكمُ فيما إذا أقرّ بأنه غصبها ، أو أنها كانت جَنَتْ جناية تعلّق أرشُها برَقبتها ، وللشافعىِّ فى ذَلِك قولاَن ، وإن أقرّ أنَّه أعتقها ، صحّ إقرارُه ، وخرجت من الرهن ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعىُّ فى أحد قوليه : لاَ يُقبل ، بناء على أنَّه لاَ يصحّ إعتاقه للرهن ، ولنا : أنه لو أعتقه لنفذ عتقُه ، فقُبِل إقرارُه بعتقه ، كغير الرهن ، ولأن إقراره بعتقه يجرى

(١) هذان حالان، ولم يفرد المؤلف الحال الثانى بقوله: الثانى ، وإنما اكتفى بقوله أو قبل لزومه ، ثم أفرد الثالث بقوله (الحال الثالث) فلا يتحير القارىء فى البحث عن الحال الثانى .

مجرَى عتقه ، فأشبه ما لو قال : أنت حرّ ، و يتخرّج أن ينفذ إقرارُ المُعْسر بناءً على أنه لاَ ينفُذ إعتاقُه ، وكلّ موضعٍ قلنا القول قولُ الراهن ، فقال القاضي : ذلك مع يمينه ، لأن كَذِبَه محتمل ، ويحتملُ أن لاَ يُسْتَحْلَف ، لأنه لو رجع عن إقراره لم يُقبل ، فلا فائدة فى استحلافه ، واختلفَ أصحابُ الشافعيّ فى استحلافه على نحو الوجهين : والصحيحُ عندى : أنه إذا أقرّ بالعتق لم يُسْتَحْلَفَ . لأن ذلك جرى مجرى قوله : أنتَ حُرّ ، فلم يحتج إلى يمين ، كما لو صرّح به ، وإن أقرّ بالغصب،والجناية ، فإنه إن لم يَدّعِ ذلك المغصوبُ منه ، والمجنيُّ عليه ، لم يُلْتَفَتْ إلى قول الراهن ، وجهاً واحداً ، وإن ادّعياه ، فاليمينُ عليهما لأنّ الحقّ لهما ، ورجوعُهما عنه مقبولٌ ، فكانت اليمينُ عليهما كسائر الدعاوى ، وإن أقرّ باستيلاد أمته ، فعليه اليمينُ . لأن نفعها عائدٌ إليه من حِلّ استمتاعها ، ومِلْكِ خِدْمَتِها ، فكانت اليمين عليه ، بخلاف ما قبلها . وإن قلنا : القولُ قولُ المرتهن ، فعليه اليمينُ بكلّ حالٍ . لأنه لو اعترف ثبت الحقّ فى الرهن ، ويمينه على نفى العلم ، لأنَّها على نفى فعل الغير ، فإذا حلف سقطت الدعوى بالنسبة إليه ، وبقى حكمُها فى حقّ الراهن ، بحيث لوعاد إليه الرهنُ ظهر فيه حكمُ إقراره ، وإن أراد المجنيُّ عليه ، أو المغصوبُ منه ، أن يُغرِّماه فى الحالِ ، فلهما ذلك . لأنه منَع مِن استيفاء الجناية بتَصرّفه ، فلزمه أرشُها كما لو قتَله .

٣٢٩٩ (فصل) ولا يحلّ للمرتهن وطء الجارية المرهونة إجماعاً ، لقول الله تعالى (إلاّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) وليست هذه زوجةً ، ولا مِلْكَ يمين ، فإن وطئها عالماً بالتحريم ، فعليه الحدُّ . لأنه لا شُبْهَةَ له فيه ، فإنّ الرهن استيثاقٌ بالدين ، ولا مدخلَ لذلك فى إباحة الوطء ، ولأنّ وطء المستأجَرةِ يوجِبُ الحدّ مع مِلْكِهِ لنفعها ، فالرهن أولى ، فإن ادَّعى الجهلَ بالتحريم ، واحتُمِل صدقهُ لكونه ممّن نشأ ببادية ، أو حديثَ عهد بالإسلام ، فلا حدّ عليه . وولدُه حرّ ، لأنّه وطئها مُعتقداً إباحةَ وطئها ، فهو كما لو وطئها يظنها أمتَه ، وعليه قيمةُ ولدها يوم الولادة ، لأنّ اعتقاده الحِلّ منع انْخِلاقَ الولد رَقيقاً ، ففوّت رِقّ الولد على سيِّدها ، فلزمتهُ قيمتُه ، كالمغرور بحريّة أمةٍ ، وإن لم يُحتَمل صدقُه ، كالناشىء ببلادِ الإسلام مُختلطا بهم ، من أهل العلم ، لم تقبل دعواه ، لأنه لا يخلو ممّن يسمعُ منه ما يعلم به تحريمَ ذلك ، فيكونُ كمَنْ لم يدّع الجهل ، وولدُه رقيقٌ للراهن، لأنّه من زِناً ، ولا فرق فى جميع ماذكرنا بين أن يكون الوطء بإذنِ الراهن ، أو بغير إذنه ، وهــذا المنصوصُ عن الشافعيّ ، ويحتملُ أن لا تجب قيمةُ الولد مع الإذن فى الوطء . وهو قولُ بعضِ أصحاب الشافعيّ ، لأنَّ الإذنَ فى الوطء إذنٌ فيما يحدُث منه ، بدليل أنه لو أذن المرتهنُ للراهن فى الوطء ، فحملتْ منهُ سقط حقُّه من الرهن . ولو أذن فى قطعِ إصْبعٍ ، فسرت إلى أخرى ، لم يضمنْهَا .

ووجه الأول : أن وجوبَ الضمان يمنعُ انْخِلاق الولد رقيقاً ، وسببُه اعتقادُ الحِلّ وما حصل ذلك بإذنه ،

بخلاف الوطء ، فإنّ خُروجَها من الرهن بالحمل الذى الوطء المأذونُ فيه سببٌ لَهُ ، وأما المهرُ ، فإن كان الوطءُ بإذنِ الراهن فلا مهرَ لهُ ، وقال أبو حنيفة : يجب له ، لأنه يجبُ لها ابتداء ، فلا يسقُط بإذن غيرها ، وعن الشافعىِّ كالمذهبين .

ولنا : أنه أذن فى سببه ، وهو حقّه ، فلم يجب ، كما لو أذن فى قتلها ، ولأنّ المالك أذِن فى استيفاء المنفعة ، فلم يجب عِوَضُها ، كالحرَّة ، المطاوِعَةِ . وإن كان بغير إذنه ، فالمهرُ واجبٌ ، سواء أكرهها ، أو طاوعته . وقال الشافعىُّ : لا يجبُ المهرُ مع المطاوعة ، لأنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نَهىَ « عَنْ مَهْرِ البَغِىِّ » ولأنّ الحدّ إذا وجب على الموطوءة ، لم يجب المهرُ كالحرَّة .

ولنا : أن المهر يجبُ للسيِّد ، فلا يسقُط بمطاوعةِ الأمةَ ، وإذنها ، كما لو أذنت فى قطع يدها ، ولأنه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيِّد بغير إذنه ، فكان عليه عِوَضُها ، كما لو أكرهها ، وكأرش بَكارتِها ، لو كانت بكراً : والحديثُ مخصوصٌ بالمُكْرَهَةِ على البِغَاء ، فإنّ الله تعالى سَمَّاها بذلك مع كونها مُكْرَهَةً عليه ، فقال (٢٤ : ٣٣ وَلاَ تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى البِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّناً) وقولهم : لا يجبُ الحدُّ والمهرُ، قلنا : لا يجبُ المهرُ لها ، وفى مسألتنا لا يجبُ لها ، وإنما يجبُ لسيِّدها . ويفارق الحرّة ، فإن المهرَ لو وجب ، لوجب لها ، وقد أسقطت حقَّها بإذنها ، وههنا المستَحِقّ لم يأذن ، ولأنّ الوجوبَ فى حقّ الحرّة بإكراهها ، وسقوطهُ بمطاوعتها ، فكذلك السيِّد ههنا ، لمّا تعلّق السقوط بإذنه ، ينبغى أن يثبُت عند عدمه ، وسواء وطئها مُعتقداً للحِلِّ أو غير معتقد له ، أو ادّعى شُبْهَةً أو لم يَدَّعها لأنَّ المهرَ حقّ آدمىّ ، فلا يسقُط بالشُبهات ، ولا تصيرُ هذه الأَمَةُ أمَّ وَلدٍ للمُرتَهن بحالٍ ، سواء ملكها بعد الوضع ، أو قبله ، وسواء حكمنا برقِّ الولد ، أو حُريته ، لأنه أحبلها فى غير مِلْكه .

٣٣٠٠ — « مسألة » قال ﴿ وإذا جنى العبدُ المرهونُ ، فالمجنىّ عليه أحقُّ برقبته من مُرتَهِنه ، حتى يستوفىَ حقّه ، فإن اختار سيّدُه أن يَفْدِيَهُ ، وفعل ، فهو رهنٌ بحاله ﴾ .

وجملته : أن العبد المرهونَ إذ جنى على إنسان ، أو على ماله ، تعلّقت الجنايةُ برقبته ، فكانت مقدَّمةً على حقِّ المرتهن ، لا نعلَمُ فى هذا خلافاً ، وذلك لأنَّ الجنايةَ مقدَّمَةٌ على حقّ المالك ، والملكُ أقوى من الرهن ، فأولى أن يقدّم على الرهن . فإن قيل : فحقُّ المرتهن أيضاً يُقدَّمُ على حقّ المالك. قلنا : حقُّ المرتهنِ ثبتَ من جهة المالك بعقده ، وحقُّ الجناية ثبتَ بغير اختياره ، مُقدَّماً على حقِّه ، فيقدَّمُ على ما ثبت بعقده ، ولأنّ حقّ الجناية مختصٌّ بالعين ، يسقُط بفَوَاتها ، وحقُّ المرتهن لا يسقُط بفَوَات العين ، ولا يختصُّ بها ، فكان تعلّقه بها أخفَّ ، وأدنى ، فإن كانت جنايةُ موجِبَةً للقِصَاص ، فلوَلىّ الجنايةِ استيفاؤه ، فإن اقتصّ سقط الرهنُ ، كما لو تَلِف ، وإن عفا على مالٍ ، تعلّق برقبةِ العبد ،

وصار كالجناية المُوجِبَةِ للمال ، فيقالُ للسيِّد : أنتَ مخيَّر بين فِدائه ، وبين تسليمه للبَيْع ، فإن اختار فداءه فبكم يَفدِيه ؟ على روايتين :

(إحداهما) بأقلّ الأمرين من قيمته ، أو أَرْشِ جنايته ، لأنَّه إن كان الأرشُ أقل ، فالمجنيُّ عليه لا يستحِقّ أكثرَ من أرش جنايَتِهِ ، وإن كانت القيمةُ أقلّ ، فلا يلزمُه أكثرُ منها ، لأنّ ما يدفعُه عِوَضٌ عن العبد، فلا يُلزَمُ أكثرَ من قيمته ، كما لو أتلفه .

(والثانية) يَفديه بأَرْشِ جنايته ، بالغاً ما بلغ ، لأنّه ربّما يرغبُ فيه راغبٌ فيشتريه بأكثرَ من قيمته ، فإذا فداه، فهو رَهْنٌ بحاله، لأنَّ حقّ المرتهِنِ قائمٌ ،لوجود سببه وإنّما قدّم حقُّ المجنيّ عليه لقوّته ، فإذا زال ، ظهرَ حكمُ الرهن، كحقّ مَنْ لا رَهْن له ، مع حقّ المرتهن في تركةِ مُفْلِسٍ ، إذا أسقط المرتهنُ حقّه ظهرَ حكمُ الآخَرِ ، فإن امتنع . قيل للمرتهن : أنت مُخيَّر بين فدائه ، وبين تسليمه ، فإن اختار فداءه ، فبكم يَفْديه ؟ على الروايتين . فإنْ فداه بإذن الراهن ، رجع به عليه ، لأنّه أدَّى الحقّ عنه بإذنه ، فرجع به، كما لو قضى دينه ، بإذنه ، وإن فداهُ متبرِّعاً لم يرجع بشيء ، وإن نوى الرجوعَ : فهل يرجعُ بذلك ؟ على وجهين ، بناءً على ما لو قضى دينه بغير إذنه ، وإن زاد في الفداء على الواجب ، لم يرجع به ، وجهاً واحداً، ومذهبُ الشافعيّ كما ذكرنا في هذا الفصل ، إلاَّ أنّه لا يرجعُ بما فداه به بغير إذنه ، قولاً واحداً ، وإن شرط له الراهنُ الرجوعَ ، رجعَ قولاً واحداً،وإن قضاه بإذنه من غير شرط الرجوع ، ففيه وجهان ، وهذا أصلٌ يذكر في غير هذا الموضع ، فإن فداه ، وشرط أن يكون رهناً بالفداء مع الدين الأوّل . فقال القاضي: يجوز ذلك ، لأنّ المجنيّ عليه يملكُ بيعَ العبد ، وإبطالَ الرهن . فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه ، والزيادةُ في دين الرهن قبللزومه جائزةٌ ،ولأنَّ أَرْشَ الجنَايةِ متعلّق به ، وإنماينتقلُ من الجناية إلى الرهن ، ويحتملُ أن لا يصحّ ، لأنّ العبدَ رهنٌ بدين ، فلا يجوز رهنُه ثانياً بدين سواه ، كما لو رهنه بدين سوى هذا ، وذهب أبو حنيفة إلى أنّ ضمان جناية الرهن على المَرتهِنِ فإن فداه لم يرجع بالفداء وإن فداه الراهنُ، أو بِيعَ في الجناية ، سقط دينُ الرهن ، إن كان بقدر الفداء ، وبناءً على أصله في أنّ الرهن من ضمان المرتهِنِ ، وهذا يأتي الـكلامُ عليه إن شاء الله تعالى ، وإذا لم يفد الجاني ، فبيعَ في الجناية التي تستغرقُ قيمتَه ، بطلَ الرهنُ ، وإن لم تَسْتغرقها بِيعَ منهُ بقَدْرِ أَرْشِ الجناية ؛ وباقيه رهنٌ ، إلاَّ أنْ يتعذَّر بيعُ بعضه ، فيُباعُ الـكلُّ ، وَيجْعَلُ بَقِيَّةَ الثمن رهناً ، وقال أبو الخطّاب : هل يُباع منه بقدر الجناية ، أم يباع جميعه ويكون الفاضلُ من ثمنه عن أرش جنايته رهناً ؟ على وجهين :

٣٣٠١ (فصل) وإن كانت الجنايةُ على سيّد العبد ؛ فلا يخلو من حالين :

أحدُهما : أن تكون الجناية غيرَ مُوجِبة للقَوَدِ ، كجناية الخطأ ، أو شِبْهِ العمد ، أو إتلاف مالٍ ، فيكونُ هَدَراً ، لأنّ العبدَ مالٌ لسيّده ، فلا يثْبُتُ له مالٌ في مالٍ .

الثانى : أن تكونَ مُوجِبَةً للقَوَدِ ، فلا يخلو من أن تكون على النفس ، أو على ما دونَها ، فإن كانت على ما دونَ النفس فالحقّ للسيّد ، فإن عفا على مالٍ ، سقط القصاصُ ، ولم يجب المالُ ، لما ذكرنا ، وكذلك إن عفا على غيرِ مالٍ ، وإن أحبَّ أن يقتصَّ ، فله ذلك ، لأن السّيد لا يملك الجنايةَ على عبده ، فيثبُت له ذلك بجنايته عليه ، ولأنّ القِصاصَ يجبُ للزجْرِ ، والحاجةُ تدعو إلى زجره عن سيّده ، فإن اقتصَّ ، فعليه قيمتُه ، تكون رَهْناً مكانَه ، وقضاءً عن الدين . لأنّه يُخرجه عن كونه رَهْناً باختياره ، فكان عليه بَدَلُه ، كما لو أعتقه ، وإن كانت الجنايةُ على النفس ، فللورثةِ استيفاء القِصَاص ، وليس لهم العَفْوُ على مالٍ ، وذكر القاضى وجهاً آخرَ : أن لهم ذلك ، لأنّ الجناية حصلت فى مِلْكِ غيرِهم ، فكان لهمُ العفوُ على مالٍ ، كما لو جنى على أجنبيٍّ ، وللشافعيِّ قولان كالمذهبين . فإن عفا بعضُ الورثة ، سقط القصاصُ ، وهل يثْبُت لغير العافى نصيبُه من الدية ؟ على الوجهين ، ومذهب الشافعيِّ فى هذا الفصل كلِّه على نحوِ ما ذكرناه .

٣٣٠٢ (فصل) وإن جنى العبدُ المرهونُ على عبدٍ ، لسيِّده ، لم يَخْلُ من حالين :

أحدهما : أن لا يكون مرهوناً ، فحكمُه حكمُ الجناية على طَرَف سيِّدِه ، له القصاصُ إن كانت جنايتُه مُوجِبَةً له ، وإن عفا على مالٍ ، أو غيره ، أو كانت الجنايةُ لاَ تُوجِبُ القِصاصَ ، ذهبت هَدَراً ، وسواء كان المجنىّ عليه ، قِنًّا ، أو مُدَبَّراً ، أو أمّ ولد .

الحال الثانى : أن يكون رهناً ، فلا يخلو : إمّا أن يكون رهناً عند مرتهِن القاتل ، أو عند غيره ، فإن كان عند مرتهن القاتل ، والجنايةُ موجِبَةٌ للقصاص ، فلسيِّده القِصَاصُ ، فإن اقتصّ ، بطلَ الرهنُ فى المجنىّ عليه ، وعليه قيمتُه للمقتصّ منه ، فإن عفا على مالٍ ، أو كانت الجنايةُ مُوجِبَةً للمال ، وكانا رهناً بحقٍّ واحد ، فجنايته ، هدَرٌ ، لأنّ الحقّ يتعلّق بكل واحدٍ منهما ، فإذا قُتل أحدُهما بقى الحقُّ متعلّقاً بالآخرَ ، وإن كان كلّ واحدٍ منهما مرهوناً بحقّ مُفرَدٍ ، ففيه أربعُ مسائل .

إحداها : أن يكون الحقّان سواءً ، وقيمتُهما سواءً ، فتكونُ الجنايةُ هَدَراً ، سواء كان الحقّان من جنسين ، مثلُ أن يكون أحدُهما بمائةِ دينارٍ ، والآخرُ بألف درهم ، قيمتُها مائةُ دينارٍ ، أو من جنس واحد ، لأنّه لا فائدةَ فى اعتبار الجنايةِ .

المسألة الثانية : أن يختلف الحقّان وتتّفق القيمتان ، مثلُ أن يكون دينُ أحدِهما مائةً ، ودينُ الآخَرِ مائتين ، وقيمةُ كلّ واحد منهما مائةٌ . فإن كان دينُ القاتل أكثرَ ، لم يُنقَل ، إلى دين المقتول ، لعدم

الغرض فيه ، وإن كان دينُ المقتول أكثر نُقِلَ إلى القاتل ، لأنّ للمرتهن غرضاً في ذلك ، وهل يُباع القاتلُ وتُجعَلُ قيمتُه رهناً مكان المقتول ، أو يُنقَلُ بحاله ؟ على وجهين .

أحدهما : لا يُباع ، لأنّه لا فائدة فيه . والثانى : يُباع ، لأنّه ربّما زاد فيه مُزايدٌ ، فبلّغه أكثرَ من ثمنه ، فإن عُرِض للبيع ، فلم يُزَدْ فيه ، لم يُبَعْ ، لعدم ذلك .

المسألة الثالثة : أن يتّفق الدينان ، وتختلفَ القيمتان بأن يكون دينُ كلّ واحد منهما مائةً ، وقيمةُ أحدهما مائةً ، والآخرُ مائتين ، فإن كانت قيمةُ المقتول أكثرَ ، فلا غَرضَ في النقل ، فيَبْقى بحاله ، وإن كانت قيمةُ الجانى أكثرَ ، بِيعَ منه بقَدْرِ جنايته ، يكون رهناً بدين المجنىّ عليه والباقى رهنٌ بدَينه . وإن اتّفقا على تبْقِيتِهِ ، ونَقْلِ الدين إليه ، صار مرهوناً بهما ، فإن حلّ أحدُ الدينين بِيعَ بكلّ حالٍ ، لأنّه إن كان دينُه المعجّل بِيعَ ليُسْتَوفَى من ثمنه ، وما بقى منه رهنٌ بالدين الآخَر ، فإن كان المعجّل الآخر ، بيع ليُسْتَوفى منه بقَدْرِه ، والباقى رهنٌ بدينه .

المسألة الرابعة : أن يختلف الدينان ، والقيمتان ، مثلُ أن يكون أحد الدينين خمسين ، والآخرُ ثمانين ، وقيمةُ أحدهما مائةً ، والآخرُ مائتين ، فإن كان دينُ المقتول أكثرَ نُقِل إليه ، وإلاّ فلاَ ، وأمّا إن كان المجنىّ عليه رهناً عند غير مرتهن القاتل ، فللسيّد القِصَاصُ ، لأنّه مقدّمٌ على حقّ المرتهن ، بدليل أن الجناية المُوجِبَةَ للمال مُقدّمةٌ عليه ، فالقِصَاصُ أولى ، فإن اقتصّ ، بطل الرهنُ في المجنىّ عليه . لأن الجناية عليه لم توجب مالاً يُجْعَلُ رهناً مكانَه ، وعليه قيمةُ المقتصّ منه ، تكون رهناً ، لأنّه أبطل حقّ الوثيقة فيه ، باختياره : وللسيّد العفوُ على مالٍ ، فتصيرُ الجنايةُ كالجناية الموجِبَة للمالِ ، فيثبُت المالُ في رقبة العبد ، لأنّ السيّد لو جنى على العبد لوجب أرْشُ جنايته ، لحقّ المرتهن ، فبأن يثبُت على عبده أولى ، فإن كان الأرشُ لا يستغرق قيمتَه ، بِيعَ منه بقَدْرِ أرش الجناية ، يكونُ رَهْناً عند مرتهن المجنىّ عليه ، وباقيه باقٍ عند مرتهنه ، وإن لم يمكن بيعُ بعضِهِ ، بيع جميعُه وقُسِّم ثمنُه بينهما على حَسَب ذلك رَهْناً ، وإن كانت الجناية تستغرقُ قيمتَه ، نُقِلَ الجانى ، فجُعِل رهناً عند الآخر ، ويحتملُ أن يُباع ، لاحتمال أن يرغب فيه راغبٌ بأكثرَ من ثمنه ، فيَفْضُلُ من قيمته شيء ، يكون رهناً عند مرتهنه ، وهذا كلّه قول الشافعىّ .

٣٣٠٣ (فصل) فإن كانت الجنايةُ على موروث سيّده ، فيما دون النفس ، كأطرافه ، أو ماله ، فهى كالجناية على أجنبىّ ، وله القِصَاصُ ، إن كانت موجِبةً له ، والعفوُ على مالٍ ، وغيره ، وإن كانت موجِبَةً للمال ابتداءً ، ثبت ، فإن انتقل ذلك إلى السيّد بموت المستحِقّ ، فله ما لمورّثه من القِصَاص ، والعفو على مالٍ . لأنّ الاستدامةَ أقوى من الابتداء ، فجاز أن يثبُت بها ما لا يثبُت في الابتداء . وإن

كانت الجنايةُ على نفسه بالقتل ، ثبت الحكمُ لسيّده ، وله أن يقتصَّ فيما يوجبُ القصاصَ ، وان عفا على مالٍ ، أو كانت الجنايةُ موجِبَةً للمال ابتداء ، فهل يثبُت للسيِّد ؟ فيه وجهان . أحدهما : يثبُت ، وهو قولُ بعض أصحاب الشافعيِّ ، لأنَّ ، الجناية على غيره ، فأشبهت الجنايةَ على ما دون النفس . والثانى : لا يثبُت له مال فى عبده ، ولا له العفوُ عليه ، وهو قولُ أبى ثور ، لأنه حقٌّ يثبُت للسيِّد ابتداء ، فلم يكن له ذلك ، كما لو كانت الجنايةُ عليه . وأصل الوجهين وجوبُ الحقِّ فى ابتدائه ، هل يثبُت للقتيل ، ثم ينتقِل الى وارثه ، أو يثبت للوارث ابتداءً ؟ على وجهين . وكلٌّ موضع يثبُت له المالُ فى رقبةِ عبده ، فانه يقدَّمُ على الرهن . لأنه يثبُت للموروث ، كذلك ، فينتقل إلى وارثه كذلك ، وإن اقتصَّ فى هذه الصورة لم يلزمهُ بدلُ الرهن .لأنه إذا قُدِّم المالُ على حقِّ المرتهن ، فالقصاصُ أولى . ولأن القصاصَ يثبُت للموروث مقدَّماً على حقِّ المرتهن فى حقِّ وارثه .

٣٣٠٤ (فصل) وإن كانت الجنايةُ على مُكاتبِ السيّد ، فهى كالجناية على ولده ، وتعجيزُه كموت ولده فيما ذكرنا ، والله أعلم .

٣٣٠٥ (فصل) فإن جنى العبدُ المرهونُ بإذن سيّده ، وكان ممّن يعلمُ تحريم الجناية ، وأنّه لا يجبُ عليه قبولُ ذلك من سيّده ، فهى كالجناية بغير إذنه ، وإن كان أعجميًّا أو صبيًّا لا يعلمُ ذلك ، فالسيّد هو القاتل . والقصاصُ والديةُ متعلّقان به ، لا يُباع العبدُ فيها ، مُوسراً كان السيّد ، أو معسراً ، كما لو باشر السيّدُ القتلَ . وذكر القاضى وجهاً آخر : أنّ العبدَ يُباعُ إذا كان السيّد مُعسراً . لأنّه باشرَ الجناية . والصحيحُ الأولُ ، لأنّ العبدَ آلةٌ ، فلو تعلّقت الجنايةُ به ، بِيعَ فيها ، وإن كان السيّد مُوسراً . وحُكم إقرار العبد بالجناية حكمُ إقرار العبد ، غيرِ المرهون ، على ما مضى بيانُه فى موضعه .

٣٣٠٦ « مسألة » قال ﴿ وإن جرح العبد المرهونُ ، أو قتل ، فالخصمُ فى ذلك سيّدهُ ، وما قُبِض بسبب ذلك من شيء فهو رهنٌ ﴾

وجملته : أنه إذا جُنِيَ على الرهن ، فالخصمُ فى ذلك سيّده . لأنّه مالكه ، والأرشُ الواجبُ بالجناية مِلكُه ، وإنّما للمرتهن فيه حقّ الوثيقة ، فصار كالعبد المستأجَر ، والمودَع . وبهذا قال الشافعىّ ، وغيره . فإن ترك المطالبةَ ، أو أخّرها ، أو كان غائباً ، أو له عُذرٌ يمنعه منها ، فللمرتهن المطالبةُ بها . لأنّ حقّه متعلّق بموجَبها ، فكان له الطلب به ، كما لو كان الجانى سيّده ، ثم إن كانت الجناية مُوجِبة للقِصاص ، فللسيّد القِصاصَ . لأنّه حقٌّ له ، وإنما يثبُت ليُستَوفَى . فإن اقتصّ ، أُخِذَت منهُ قيمةُ أقلّهما قيمةً ، فجُعِلت مكانَه ، رهناً ، نصّ عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، وهذا قول إسحاق ، ويتخرّج أن لا يجبَ عليه

شيء ، وهو مذهبُ الشافعيّ . لأنّه لم يجب بالجناية مالٌ ، ولا استُحِقّ بحال ، وليس على الراهن أن يسعى للمرتهن فى اكتساب مالٍ .

ولنا : أنه أتلف مالاً استُحِقّ بسبب إتلاف الرهن ، فغَرِمَ قيمته . كما لو كانت الجنايةُ موجِبَةً للمال ، وهكذا الحكمُ فيما إذا ثبت القصاصُ للسيّد فى عبده المرهون ، وإنما أوجبنا أقلّ القيمتين . لأنّ حقّ المرتهن إنما يتعلّق بالمالية ، والواجبُ من المالِ هو أقلّ القيمتين ، لأنّ الرهنَ إن كان أقلّ ، لم يجب أكثر من قيمته ، وإن كان الجانى أقلّ ، لم يجب أكثرَ من قيمته ، وإن عفا على مالٍ صحّ عفوه ، ووجب أقلُّ القيمتين ، لما ذكرنا . هذا إذا كان القِصاصُ قتلاً . وإن كان جَرْحاً ، أو قَلْع سِنٍّ ونحوه ، فالواجبُ بالعفو أقلُّ الأمرين ، من أرش الجُرح ، أو قيمةِ الجانى . وإن عفا مُطلقا ، أو على غير مالٍ ، انبنى ذلك على موجَب العَمد ماهو ؟ فإن قلنا : موجَبُه أحدُ شيئين ، ثبتَ المالُ ، وإن قلنا موجَبُه القِصَاصُ عينا ، فحكمُه حكمُ مالو اقتصّ . إن قلنا : ثَمَّ : يجبُ قيمتُه على الراهن وَجبَ ههنا . وهو اختيارُ أبى الخطّاب . لأنّه فوّت بدَل الرهن بفعله ، أشبه ما لو اقتصّ . وإن قلنا : لا يجبُ على الراهن شيء، ثَمَّ ، لم يجب ههنا شيء ، وهو قولُ القاضى ، ومذهبُ الشافعيّ ، لأنّه اكتسابُ مالٍ ، فلا يُجْبَرُ عليه ، وأما إن كانت الجنايةُ موجِبَةً للمال ، أو ثَبَت المالُ بالعفو عن الجناية الموجِبَة للقِصَاصِ ، فإنّه يتعلّق به حقّ الراهن ، والمرتهن ، ويكون من غالب نقد البلد ، كقِيَم المُتْلَفَاتِ ، فلو أراد الراهن أن يُصالح عنها ، أو يأخذَ حيواناً عنها ، لم يجُز ، إلاّ بإذن المرتهن ، فإن أذن فيه ، جاز لأنّ الحقّ لهما لا يخرج عنهما ، وما قبض من شيء فهو رهن بدلاً عن الأول ، نائبا عنه ، وقائماً مقامه ، فان عفا الراهنُ عن المال ، فقال القاضى : يسقُط حقّ الراهن دون حقّ المرتهن ، فتؤْخذُ القيمة تكونُ رهناً ، فإذا زال الرهنُ رجَع الأَرْشُ إلى الجانى ، كما لو أقرّ أنّ الرهنَ مغصوبٌ ، أو جانٍ . وإن استوفى الدينَ من الأَرْش احتمل أن يرجع الجانى على العافى . لأنّ ماله ذهبَ فى قضاء دينه ، فلزِمتهُ غرامَتهُ ، كما لو غصبه ، أو استعاره ، فرهنه ، واحتَمل أن لا يرجع عليه ، لأنّه لم يوجد منه فى حقّ الجانى ما يقتضى وجوبَ الضمان ، وإنّما استوفىَ بسببٍ كان منهُ حالَ مِلكِهِ ، فأشبه مالو جَنَى إنسانٌ على عبده ، ثمَّ وهبه لغيره ، فتَلِفَ بالجناية السابقة . وقال أبو الخطّاب : يصحّ العفوُ مُطلقاً ، ويُؤْخذُ من الراهن قيمتُه ، تكون رهناً ، لأنّه أسقطَ دينه عن غريمه ، فصحّ ، كسائر ديُونه ، قال : ولا يمكنُ كونُه رهناً مع عدم حقّ الراهن فيه ، فلزمتهُ القيمةُ ، لتفويته حقّ المُرتهن ، فأشبه ما لو تلِف بدلُ الرهن . وقال الشافعيّ : لا يصحّ العفوُ أصلاً . لأنّ حقّ المرتهن متعلّق به ، فلم يصحّ عفوُ الراهن عنه ، كالرهن نفسه ، وكما لو وهبَ الرهنُ ، أو غُصِبَ فعفىَ عن غاصبه ، وهذا أصحّ فى النظر ، وإن قال المرتهن : أسقطتُ حقّى من ذلك ، سقط لأنّه ينفعُ الراهنَ

ولا يضرّه، وإن قال : أسقطتُ الأرش ، أو أبرأتُ منه ، لم يسقُط . لأنّه مِلْكٌ للراهن ، فلا يسقُط بإسقاط غيره ، وهل يسقُط حقُّه ؟ فيه وجهان .

أحدُهما : يسقُط ، وهو قول القاضي ، لأنّ ذلك يتضمنّ إسقاط حقّه ، فإذا لم يسقط حق غيره ، سقط حقُّه ، كما لو قال : أسقطتُ حقّي وحَقّ الراهن .

والثاني : لا يسقُط . لأنّ العفوَ ، والإبراء منه ، لا يصحّ ، فلم يصحّ ما تضمَّنه .

٣٣٠٧ (فصل) وإذا أقر رّجلٌ بالجناية على الرهن ، فكذّباه ، فلا شيء لهما . وإن كذّبه المرتهن ، وصدّقه الراهنُ ، فله الأرشُ ، ولا حقّ للمرتهن فيه ، فإن صدّقه المرتهنُ وحده ، تعلّق حقُّه بالأرش ، وله قبضُه . فإذا قضى الراهنُ الحقّ ، أو أبرأه المرتهنُ ، رجع الأرشُ إلى الجاني ، ولا شيء للراهن فيه ، وإن استوفى حقَّه من الأرش ، لم يملك الجاني مُطالبةَ الراهن بشيء ، لأنّه مقرٌّ له باستحقاقه .

٣٣٠٨ (فصل) ولو كان الرهنُ أَمَةً حاملاً ، فضربَ بطنَها أجنبيٌّ ، فألقتْ جنيناً ، ميتاً ، ففيه عُشرُ قيمةِ أمِّهِ . وإن ألقته حيّاً ثمّ مات لوقتٍ يعيشُ مثلُه ، ففيه قيمتُه ، ولا يجبُ ضمانُ نقص الولادة . لأنه لا يتميّز نقصُها عمّا وجب ضمانُه من ولدها . ويحتمل أن يضمن نقصها بالولادة ، لأنه حصل بفعله ، فلزمه ضمانُه ، كما لو غصبها ، ثمّ جنَى عليها ، ويحتمل أن يجب أكثرُ الأمرين من نقصها ، أو ضمانِ جنينها ، لأنّ سببَ ضمانِها وُجد ، فإذا لم يجتمع ضمانُهما ، وجب ضمانُ أكثرِهما . وإن ضربَ بطنَ بَهِيمَةٍ فألقت ولدها ميّتاً ، ففيه ما نقصَتْها الجنايةُ ، لا غيرُ ، وما وجب من ذلك كلّه فهو رهنٌ مع الأمِّ ، وقال الشافعيُّ : ما وجب لنقص الأمّ ، أو لنقص البهيمة ، فهو رهنٌ معها ، وكذلك ما وجب في ولدها ، وما وجب في جنين الأمةِ ، فليس برهْنٍ . لأنّ نَماء الرهن ليس برَهْنٍ . ولنا : أن هذا ضمانٌ يجبُ بسبب الجناية على الرهن ، فكان من الرهن ، كالواجب لنقص الولادة ، وضمانِ ولد البَهِيمةِ . وقولُهم : إنّ نَماء الرهن لا يدخُل في الرهن غيرُ مُسلَّم .

٣٣٠٩ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى منه سلعةً على أن يرهنه بها شيئاً من ماله يعرفانه ، أو على أن يُعطيه بالثمن حميلاً يعرفانه ، فالبيعُ جائزٌ ، فإن أبى تسليمَ الرهن ، أو أبى الحميلُ أن يتحمّل ، فالبائع مخيّر في فسخ البيع ، وفي إقامته بلا رهن ، ولا حَميلٍ ﴾

الحمِيلُ الضمينُ ، وهو فعيل بمعنى فاعل ، يقال ضَمِينٌ ، وحَمِيلٌ وقَبِيلٌ ، وكَفِيلٌ ، وزَعِيمٌ ، وصَبِيرٌ بمعنى واحد . وجملةُ ذلك : أن البيع بشرط الرهن ، أو الضمين صحيحٌ ، والشرط صحيحٌ ، أيضاً . لأنّه من مصلحة العقد غيرُ منافٍ لمقتضاه ، ولا نعلمُ في صحّته خلافاً ، إذا كان معلوماً ، ولذلك قال الخِرَقيُّ : يعرفانه في الرهن ، والضمين معاً . ومعرفة الرهن تحصُل بأحد شيئين : المشاهدةُ ، أو الصِّفَةُ التي يعلم بها الموصوفُ

كما فى السَّلَم ويتعيَّن بالقبض . وأما الضمينُ : فيُعلَم بالإشارة إليه ، أو تعريفه بالاسم ، والنسب ، ولا يصحُّ بالصفة ، بأن يقول : رجلٌ غَنِىٌّ من غير تعيين . لأنّ الصفة لا تأتى عليه . ولو قال : الشرط رهن ، أو ضمين ، كان فاسِداً . لأنّ ذلك يختلفُ ، وليس له عُرفٌ ينصرف إليه بإطلاقٍ . ولو قال بشرط رهن أحدِ هذين العبدين ، أو يضمَنُنى أحدُ هذين الرجلين ، لم يصحّ . لأنَّ الغرض يختلفُ فى ، يصحّ مع عدم التعيين ، كالبيع وهذا مذهبُ الشافعىّ . وحُكى عن مالك ، وأبى ثور ، أنه يصحّ شرطُ الرهن المجهولِ ، ويلزمُه أن يدفع إليه رهناً بقدر الدّيْنِ . لأنّه وثيقةٌ فجاز شرطُها مُطلقاً ، كالشهادة . وقال أبو حنيفة : إذا قال : علىّ أن أرهنكَ أحدَ هذين العبدين جاز . لأن بيعَه جائزٌ عنده .

ولنا : أنه شرط رهناً مجهولاً ، فلم يصحّ ، كما لو شرط رهنَ ما فى كُمِّه ، ولأنّه عقدٌ يختلف فيه المعقودُ عليه ، فلم يصحّ مع الجهل ، كالبيع ، وفارق الشهادَة فإنّ لها عُرْفاً فى الشرع حُمِلت عليه ، والكلامُ مع أبى حنيفة قد مضى فى البيع . فإن الخلافَ فيهما واحدٌ ، إذا ثبت هذا : فإن المشترى إنْ وفىَّ بالشرط فسلّم الرهنَ ، أو حَمَل عنه الحَمِيلُ لزم البيعُ وإن أبى تسليمَ الرهن ، أو أبى الحَميلُ أن يتحمّل عنه ، فللبائع الخيارُ بين فسخ البيع ، وبين إمضائه ، والرضا به بلا رهن ، ولا حميلٍ ، فإن رضى به لزمهُ البيعُ ، وهذا قولُ الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ولا يلزم المشترى تسليمُ الرهن ، وقال مالكٌ ، وأبو ثور : يلزمُ الرهنُ ، إذا كان مشروطاً فى عقد البيع ، ويُجْبَرُ عليه المشترى ، وإن وجده الحاكمُ دفعه إلى البائع ، لأنّ عقد البيع وقع عليه ، فأشبه الخِيارَ ، وقال القاضى : ماعدا المَكيل ، والموزونِ يَلزمُ فيه الرهنُ بمجرَّد العقد ، وقد مضى الكلام معهم فى أول الباب ، ولأنّه رهنٌ فلم يلزم قبل القبض ، كما لو لم يكن مشروطاً فى البيع ، أو كغير المَكيل ، والموزون ، وإنما لزم الخيارُ ، والأجَلُ بالشرط . لأنّه من توابع البيع لا ينفردُ بنفسه ، والرهنُ عقدٌ منفردٌ بنفسه ، ليس من التوابع ، ولأنَّ الخيارَ ، والأجل يثبُتُ بالقول ، ولا يفتقر إلى تسليم ، فاكتُفِىَ فى ثُبوته بمجرّد القول ، بخلاف الرهن ، فأمّا الضمينُ ، فلا خلاف فى أنّه لا يلزمُه الضمانُ ؛ إذ لا يلزمُه شَغْلُ ذِمَّتهِ ، وأداء دين غيره ، باشتراط غيره . ولو وعده بأنّه يضمَنُ ، ثمّ لم يفعل ، لم يلزم فى الحُكم كما لو وعده أنّه يبيعُهُ ثمّ أبى ذلك ، ومتى لم يف المشترى للبائع بشرطه ، كان له الفسخُ ، كما لو شرط صفةً فى الثمن ، فلم يَفِ بها ، ولأنّه أحدُ المتعاقدين ، فإذا لم يَفِ بما شرط فى العقد ، ثبتَ الخيارُ لصاحبه ، كالبائع إذا شرط المبيع على صفةٍ ، فبانَ بخلافها .

٣٣١٠ (فصل) ولو شرط رهناً ، أو ضميناً مُعيّناً ، فجاء بغيرهما ، لم يلزم البائعَ قبولُه ، وإن كان ما أتى به خيراً من المشروط ، مثلُ أن يأتىَ بأكثر قيمةً من المشروط ، وحميلٍ أوثقَ من المُعيّن . لأنّه عقد على معيّن ، فلم يلزمه قبولُ غيره ، كالبيع . ولأنّ الغرضَ يختلف بالأعيان ، فمنها ما يسهُل بيعُه

والاستيفاءُ من ثمنه ، ومنها ماهو أقلّ مُؤْنَةً وأسهلُ حِفْظاً ، وبعضُ الذِّمَمِ أملأُ مَن بَعْض ، وأسهلُ إيفاءً ، فلا يلزمهُ قبولُ غير ما عيّنه ، كسائر العقود :

٣٣١١ (فصل) وإن تعيّب الرهنُ أو استحال العصيرُ خمراً ، قبل قبضه ، فللبائع الخيارُ بين قبضه مَعيباً ، ورضاه بلا رهن ، فيما إذا تخمّر العصيرُ وبين فسخ البيع ، وردّ الرهن ، وإن علم بالعيب بعد قبضه ، فكذلك ، وليس له مع إمساكه أرشٌ من أجل العَيْب لأن الرهن إنّما لزم فيما حصل قبضُه ، وهو الموجودُ والجزء الفائتُ لم يلزم تسليمُه ، فلم يلزم الأرشُ بدلاً عنه، بخلاف المبيع ، وإن تلف ، أو تعيَّب بعد القبض فلا خيارَ للبائع . وإن اختلفا فى زمن حدوث العيب ، وهو ممّا لا يحتملُ إلاّ قولَ أحدهما ، فالقولَ قولهُ من غير يمين لأن اليمين إنما تُراد لدفع الاحتمال ؛ وهذا لا يحتملُ ، وإن احتمل قوليهما معاً انبنى على اختلاف المتبايِعَينْ فى حُدوث العيب فى المبيع ، وفيه روايتان ، فيكون فيه ههنا وجهان .

أحدها : القولُ قولُ الراهن ، وهو قولُ أبى حنيفة ، والشافعىّ . لأنّ الأصلَ صِحّةَ العقد ، ولزُومه .

والآخرُ : القولُ قولُ المرتهن ، وهو قياسُ قول الخِرَقىّ ، لقوله مثلَ ذلك فى البيع ، لأنهما اختلفا فى قبض المرتهن للجزء الفائت ، فكان القولُ قولَه ، كما لو اختلفا فى قبض جزء مُنفصلٍ منه ، وإن اختلفا فى زمن التلف ، فقال الراهنُ بعد القبض ، وقال المرتهنُ قبله . فالقولُ قولُه . لأنّه مُنكر القبض ، وإن كان الرهنُ عَصيراً ، فاستحال خمراً ، واختلفا فى زمن استحالته ، فالقولُ قولُ الراهن ، نصّ عليه أحمدُ ، وقال القاضى : يخرُج فيه روايةٌ أخرى : أنّ القولَ قولُ المرتهن ، كالاختلاف فى البيع ، وهو قول أبى حنيفة ؛ لأنّ الأصلَ عدمُ القبض ، كما لو اختلفا فى زمن التلف .

ولنا : أنّهما اتفقا على العقد ، والقبض ، واختلفا فيما يفسُد به . فكان القولُ قولَ من ينفيه ، كما لو اختلفا فى شرط فاسدٍ ، ويفارق اختلافَهما فى حدوث العيب ، من وجهين .

أحدها : أنّهما اتفقا على القبض ههنا ، وثَمّ اختلفا فى قبض الجزء الفائت .

الثانى : أنّهما اختلفا هنا فيما يفسدُ العقدَ ، والعيبُ بخلافه .

٣٣١٢ (فصل) ولو وجد بالرهن عيباً بعد أن حدث عنده عيبٌ آخرُ ، فله ردّه ، وفسخُ البيع . لأن العيب الحادثَ فى مِلك الراهن لا يلزمُ المرتهنَ ضمانُه بخلاف المبيع ، وخرجّه القاضى على روايتين ، بناء على البيع ، فعلى قوله لا يملك الردّ ، ولا يملك الفسخ . والصحيحُ ما ذكرناه ، وإن هلك الرهنُ فى يد المرتهن . ثمّ علم أنّه كان مَعيباً لم يملك فسخَ البيع . لأنّه تعذّر عليه ردّه . فإن قيل : فالرهنُ غيرُ مضمون ، ولهذا لا يمتنع ردّه بحدوث العيب فيه . قلنا : إنما تُضْمَنُ قيمتُه . لأنّ العقدَ لم يقع على ملكه ،

وإنَّما وقع على الوثيقة ، فهو مضمونٌ بالوثيقة . أما إذا تعيّب فقد ردّه ، فيستحقُّ بدلَ ما ردّه ، وهمنا لم يرُدَّ شيئاً ، فلو أوجبنا له بدلَه لأوجبنا على الراهن غيرَ ما شرَط على نفسه .

٣٣١٣ (فصل) ولو لم يشترطا رهناً فى البيع ، فتطوّع المشترى برهن ، وقبضَه البائعُ كان حكمُهُ حكمَ الرهن المشروط فى البيع ، ولا ينفكّ شىء منه حتّى يقضىَ جميعَ الدين ، ولا يملكُ الراهنُ انتزاعَه ، ولا التصرُّفَ فيه ، إلاّ بإذن المرتهن ، إلا أنّـه إذا ردّه بعيب ، أو غيره ، لم يملك فسخ البيع .

٣٣١٤ (فصل) وإذا تبايعا بشرط أن يكون المبيعُ رهناً على ثمنه ، لم يصحّ ، قاله ابن حامد ، وهو قول الشافعىّ لأن المبيعَ حين شرط رهنه لم يكن مِلْكاً له ، وسواء شرط أنّـه يقبضُه ثمَّ يرهَنُه ، أوشرط رهنَه قبلَ قبضه ، ورُوى عن أحمد : أنه قال : إذا حبس المبيعَ ببقيّة الثمن فهو غاصبٌ ، ولا يكونُ رَهْناً ، إلاّ أن يكون شرطاً عليه فى نفس البيع ،وهذا يدلّ على صحّة الشرط،لأنّـه يجوزُ بيعُه ، فجاز رهنُه، وقال القاضى معنى هذه الرواية : أنه شرط عليه فى نفس البيع رهناً غيرَ المبيع ، فيكونُ له حَبْسُ المَبيع حتّى يقبضَ الرهنَ ، وإن لم يف به فَسخَ البيعَ ، فأمّا شرطُ رهن المبيع بعَيْنه على ثمنه ، فلا يصحّ ، لوجوهٍ : منها أنه غيرُ مملوكٍ له ، ومنها أن البيعَ يقتضى إيفاء الثمن من غير المَبيع ، والرهنُ يقتضى الوفاء منه ، ومنها أن البيعَ يقتضى تسليمَ المبيع . أوّلاً ، ورهنُ المبيع يقتضى أن لا يُسَلِّمه حتّى يقبضَ الثمن ، ومنها أن البيعَ يقتضى أن يكون إمساكُ المبيع مضموناً ، والرهنُ يقتضى أن لا يكون مضموناً ، وهذا يوجبُ تناقض أحكامهما ، وظاهرُ الرواية صحّة رهنه . وقولهم : إنه غـيرُ مملوك ، قلنا : إنما شرط رهنه بعد مَلَـكَته . وقولهم : البيعُ يقتضى إيفاء الثمن من غير المبيع ، غيرُ صحيحٍ ، إنما يقتضى وفاء الثمن مُطلقا . ولو تعذّر وفاء الثمن من غير المبيع لاستُوفِىَ من ثمنه . وقولهم البيعُ يقتضى تسليمَ المبيع قبل تسليم الثمن ، ممنوعٌ وإن سُـلِّم ، فلا يمتنعُ أن يثبُت بالشرط خلافهُ ، كما أن مقتضى البيع حـلولُ الثمن ، ووجوبُ تسليمه فى الحال ، ولو شرط التأجيلَ جازَ ، كذلك مقتضى البيع ثبوتُ الملك فى المبيع ، والتمـكينُ من التصرُّف فيه ، وينتفى بشرط الخيار ، وهذا هو الجواب عن الوجه الثالث ، والرابع فأمّا إن لم يشترط ذلك فى البيع ، لـكن رهنه عنده بعد البيع فإن كان بعد لزوم البيع ، فالأولى صحّته، لأنه يصحّ رهنه عند غيره فصحّ عنده، كغيره ، ولأنّه يصحّ رهنُه على غير ثمنِه ، فصحّ رهنُه على ثمنِه ، وإن كان قبل لزوم البيع ، انبنى على جواز التصرُّف فى المبيع ، ففى كلِّ موضـعٍ جاز التصرُّف فيه ، جاز رهنُه ، ومالا فلا ، لأنه نوعُ تصرّف ، فأشبه بيعَه .

٣٣١٥ (فصل) وإذا شرط فى البيع رهناً فاسداً ، كالمحرَّم ، والمجهول ، والمعدوم ، وما لا يقدَرُ على تسليمه ، أو غير المعيّن ، أو شرط رهن المبيع على ثمنه ، ففى فساد البيع روايتان ، مضى توجيههما

فى الشروط الفاسدة فى البيع ، واختار أبو الخطّاب ههنا فسادَ البيع وهو قول أبى حنيفة ، وأحدُ قولى الشافعىّ ، وقد مضى ذكر ذلك .

٣٣١٦ (فصل) والشروط فى الرهن تنقسم قسمين : صحيحاً ، وفاسداً . فالصحيحُ : مثلُ أن يشترط كونَه على يد عَدْلٍ عيّنه ، أو عدلين ، أو أكثرَ ، أو أن يبيعه العدلُ عند حلول الحقّ ، ولا نعلم فى صحّة هذا خلافاً ، وإن شرط أن يبيعه المرتهنُ صحّ . وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، وقال الشافعىّ : لا يصحّ . لأنه توكيلٌ فيما يتنافى فيه الغَرضان ، فلم يصحّ ، ولو وكّله فى بيعه من نفسه . ووجه التنافى : أنّ الراهنَ يريد الصبرَ على المبيع ، والاحتياطَ فى توفير الثمن ، والمرتهنُ يُريدُ تعجيلَ الحقّ ، وإنجازَ البيع .

ولنا : أن ما جاز توكيلُ غير المرتهنِ فيه ، جاز توكيلُ المرتهن فيه ، كبيع عينٍ أخرى . ولأنّ من جاز أن يُشْتَرط له الإمساكُ ، جاز اشتراطُ البيع له ، كالعدل ، ولا يضرّ اختلافُ الغرَضين ، إذا كان غرضُ المرتهن مُسْتَحَقًّا له . وهو استيفاء الثمن عند حلول الحقّ ، وإنجاز البيع ، وعلى أن الراهن إذا وكّله مع العلم بغرضه ، فقد سمح له بذلك ، والحقّ له ، فلا يمنع من السماحة به كما لو وكّل فاسقاً فى بيع ماله ، وقبض ثمنه ولا نُسلِّم أنه لا يجوز توكيله فى بيع شيء من نفسه ، وإن سلّمنا ، فلأنّ الشخص الواحدَ يكون بائعاً مُشترياً ، وموجِباً قابلاً ، وقابضاً من نفسه ، لنفسه ، بخلاف مسألتنا .

٣٣١٧ (فصل) وإذا رهنه أَمةً ، فشرطا كونَها عند امرأةٍ ، أو ذى مَحْرَمٍ لها ، أو كونَها فى يد المرتهن ، أو أجنبىّ ، على وجهٍ لا يُفضى إلى الخَلوةِ بها ، مثلُ أن يكون لهما زَوْجاتٌ ، أو سرارى ، أو نساء من محارمهما ، معهما فى دارهما ، جاز . لأنه لا يُفضى إلى محرّم ، وإن لم يكن كذلك فسد الشرطُ . لأنه يُفضى إلى الخلوة المحرّمة ، ولا يُؤمنُ عليها ، ولا يَفْسدُ الرهنُ . لأنه لا يعودُ إلى نقص ، ولا ضرر فى حقّ المتعاقدين ، ويكون الحكمُ فيه كما لو رهنها من غير شرط ، يصحّ الرهنُ ، ويجعلُها الحاكمُ على يدِ مَنْ يجوزُ أن تكون عنده ، وإن كان الرهنُ عبداً فشرط موضعَه ، جاز ، وإن لم يشترط موضعه صحّ أيضاً ، كالأَمَةِ ، ويحتملُ أن لا يصحّ لأنّ للأَمَة عُرْفاً ، بخلاف العبد ، والأوّل ، أصحّ . فإنّ الأَمَة إذا كان المرتهنُ مِمَّن يجُوز وضعُها عنده ، كالعبدِ ، وإذا كان مرتهنُ العبدِ امرأةً لا زوج لها ، فشرطت كونَه عندها على وجهٍ يُفضى إلى خَلْوته بها ، لم يجُزْ أيضاً ، فاستويا .

٣٣١٨ (فصل) والقسمُ الثانى الشروطُ الفاسدةُ ، مثل أن يشترط ما يُنافى مقتضى الرهن ، نحو أن يشترط أن لا يباع الرهنُ عند حلول الحقّ ، أو لا يُسْتَوْفَى الدينُ من ثمنه ، أو لا يُباع ما خيف تلَفُه ، أو بَيْعَ الرهن بأىِّ ثمن كان ، أو أن لا يبيعَه إلا بما يرضيه ، فهذه شروط فاسدةٌ لمنافاتها مقتضَى العقد ؛ فإن

المقصودَ مع الوفاء بهذه الشروط مفقودٌ ، وكذلك إن شرطا الخيارَ للراهن ، أو أن لا يكون العقدُ لازماً في حقّه ، أو توقيتَ الرهن ، أو أن يكون رهناً يوماً ، ويوماً لا ، أو كونَ الرهن في يد الراهن ، أو أن ينتفع به ، أو ينتفع به المرتَهِنُ ، أو كونَه مضموناً على المرتهن ، أو العَدْلِ ، فهذه كلُّها فاسدةٌ . لأنّ منها ما يُنافي مقتضَى العقد ومنها مالا يقتضيه العقدُ ، ولا هو من مصلحته ، وإن شرطا شيئاً منها في عقد الرهن ، فقال القاضي : يحتمل أن يفسد الرهن بها ، بكلّ حالٍ ، لأنّ العاقدَ إنّما بذل مِلْكَهُ بهذا الشرط ، فإذا لم يَسْلَم له ، لم يصحّ العقد ، لعدم الرضى به بدونه ، وقيل : إن شرط الرهنَ مُؤَقتاً ، أو رهنه يوماً ، ويوماً لا فسد الرهنُ ، وهل يفسُد بسائرها ؟ على وجهين ، بناءً على الشروط الفاسدة في البيع ، ونصر أبو الخطّاب في رءوس المسائل صحّته ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ » وهو مشروط فيه شرطٌ فاسدٌ ، ولم يُحكم بفساده ، وقيل : ما ينقُصُ حقّ المرتهن يُبْطِلُه ، وجهاً واحداً ، ومالا ، فعلى وجهين ، وهذا مذهبُ الشافعيّ . لأنّ المرتهِنَ شُرِطَتْ له زيادةٌ لم تصحّ له ، فإذا فسدت الزيادةُ لم يَبْطُل أصلُ الرهن .

٣٣١٩ (فصل) وإن شرط أنه متى حلّ الحقُّ ، ولم يُوفِّني ، فالرهنُ لى بالدين ، أو فهو مبيعٌ لى بالدين الذى عليك ، فهو شرط فاسدٌ . رُوى ذلك عن ابن عمر ، وشُرَيح ، والنخَعِيّ ، ومالك ، والثوريّ ، والشافعيّ وأصحاب الرأى ، لا نعلم أحداً خالفهم . والأصلُ في ذلك ما رَوى معاويةُ بن عبد الله ، بن جعفر ، قال : قالَ رَسُولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وسلَّمَ « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ » رواه الأثرم . قال الأثرمُ : قلت لأحمد : ما معنى قوله « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ » ؟ قال : لاَ يَدْفَعُ رَهْناً إلى رجل ، ويقول : إن جئتُك بالدراهم إلى كذا ، وكذا ، وإلاّ فالرهنُ لك . قال ابن المنذر : هذا معنى قوله « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ » عند مالك ، والثوريّ ، وأحمد ، وفي حديث مُعاويةَ بن عبد الله بن جعفر : أنّ رَجُلاً رَهَن داراً بالمدينة إلى أجلٍ مُسَمًّى ، فمضى الأجلُ ، فقال للذى ارتهنَ منزلى . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ » ولأنّه علّق البيعَ على شرط ، فإنّه جعله مبيعاً بشرطِ أن لا يُوفّيه الحقَّ في مَحِلِّه ، والبيعُ المعلّق بشرطٍ لا يصحُّ ، وإذا شرط هذا الشرطَ فسد الرهنُ . ويتخرّج أن لا يفسُد ، لما ذكرنا في سائر الشروط الفاسدة ، وهذا ظاهرُ قول أبي الخطّاب في رءوس المسائل ، واحتجّ بقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ » فنفى غَلَقَه ، دون أصله ، فيدلُّ على صحّته ، ولأنّ الراهنَ قد رضى برهنه مع هذا الشرط ، فمع بُطلانه أولى أن يرضَى به . ولنا : أنّه رهنٌ بشرط فاسد ، فكان فاسداً ، كما لو شرط توقيتَه ، وليس في الخبر أنّه شرطَ ذَلك في ابتداء العقد ، فلا يكون فيه حُجّة .

٣٣٢٠ (فصل) ولو قال الغريمُ : رهنتُك عبدى هذا ، على أن تَزِيدَنِي في الأَجَلِ ، كان باطلاً .

لأنَّ الأجَل لا يثبُت فى الدين ، إلاَّ أن يكون مشروطاً فى عقدٍ وجب به ، فإذا لم يثبُت الأجلُ ، لم يصحّ الرهنُ ، لأنه جعله فى مُقابلته ، ولأنّ ذلك يُضاهِى رِبَا الجاهليَّة ، كانوا يزيدونَ فى الدين ، ليَزْدَادُوا فى الأجَلِ .

٣٣٢١ (فصل) إذا كان له على رجل ألفٌ ، فقال : أقْرِضْنِى ألفاً ، بشرط أن أرْهَنَكَ عبدى هذا بالألفين ، فنقل حنبلُ عن أحمد : أنّ القَرْض باطلٌ ، وهو مذهبُ الشافعىّ ، لأنّه قرضٌ يجُرّ منفعةً ، وهو الاستيثاقُ بالألف الأول ، وإذا بَطَل القَرْضُ ، بطَلَ الرّهنُ . فإذا قيل : أليس لو شرط أنّه يُعطيه رهناً بما يقترضُه جاز ؟ قلنا : ليس هـذا قرضاً جرَّ مَنْفعةً ، لأنّ غايةَ ما حصل له تأكيدُ الاستيفاء ، لبَدلِ ما أقرضه ، وهو مثلُه ، والقرضُ يقتضى وجوبَ الوفاء ، وفى مسألتنا شرطَ فى هـذا القرض الاستيثاق لدينه الأول ، فقد شرط استيثاقاً لغـير مُوجَبِ القَرْضِ . ونقل مهنا : أنّ القرضَ صحيحٌ ، ولعلّ أحمد حـكم بصحّة القرض مع فساد الشرط ، كيلا يُفضَى إلى جرّ المنفعة بالقرض ، أو حـكَم بفساد الرهن فى الألف الأوّل وحدَه ، وصحَّحه فيما عداه ، ولو كان مكانَ القرض بيعٌ ، فقال: بِعْنى عبدَك هذا بألفٍ ، على أن أرهنَكَ عَبْدِى به ، وبالألف الآخَرِ الذى علىَّ ، فالبيعُ باطلٌ ، روايةً واحدةً . لأنَّ الثمنَ مجهولٌ ، فإنّـه جَعل الثمن ألفاً ، ومَنْفَعَةً ، هى وثيقةٌ بالألف الأول ، وتلك المنفعـةُ مجهولَةٌ ، ولأنّـه شرط عقد الرهن بالألف الأوّل ، فلم يصحّ ، كما لو أفرده ، أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعَهُ الآخرُ دارَه .

٣٣٢٢ (فصل) وإذا فسد الرهنُ ، وقبضه المرتَهنُ ، لم يـكن عليه ضمانُه . لأنّـه قبضَه بحـكم أنهُ رهن ، وكلّ عَقدٍ كان صحيحُه غيرَ مضمونٍ ، أو مضموناً ، ففاسدُه كذلك . فإن كان مُؤَقّتاً ، أو شرط أنَّه يصيرُ للمرتّهن بعد انقضاء مدّته ، صار بعد ذلك مضموناً ، لأنّه مقبوضٌ بحـكم بَيْعٍ فاسدٍ ، وحكمُ الفاسد من العقود حـكم الصحيح فى الضمان ، فإن كان أرضاً ، فغرسها قبل انقضاء الأجل ، فهو كغرس الغاصب . لأنّـه غرَسَ بغير إذن ، وإن غرس بعد الأجل ، وكان قد شرط أن الرهنَ يصيرُ له ، فقد غرَسَ بإذْنٍ . لأنَّ البيعَ وإن كان فاسداً ، فقد تضمّن الإذنَ فى التصرُّف ، فيكونُ الراهن مخيّراً بين ثلاثة أشياء : بين أن يُقِرَّ غرسَه لَهُ ، وبين أخـذه بقيمته ، وبين أن يجْـبُره على قَلْعِهِ ، ويضمنَ له ما نقصَ .

٣٣٢٣ « مسألة » قال ﴿ ولا ينتفع المرتَهنُ من الرهن بشىء ، إلاَّ ما كان مركوباً ، أو محلوباً ، فيركبُ ، ويحلبُ ، بقدر العَلَفِ ﴾

الـكلام فى هذه المسألة فى حالين . أحدُهما : مالا يحتاجُ إلى مُؤْنةٍ كالدار ، والمتاع ، ونحوه ، فلا يجوزُ

للمرتهن الانتفاعُ به ، بغير إذْنِ الراهن بحالٍ . لا نعلم فى هذا خلافاً . لأنّ الرهنَ ملكُ الراهن ، فكذلك نماؤه ، ومنافعُه ،فليس لغيره أخذُها ، بغير إذنه ، فإن أذن الراهنُ للمرتهن فى الانتفاع بغير عِوَض ، وكان دينُ الرهن من قَرْضٍ لم يجُز . لأنّه يحصِّل قرضاً يجُرّ مَنْفعةً ، وذلك حرامٌ . قال أحمدُ : أكره قرضَ الدّورِ ، وهو الرِّبا المحضُ ، يعنى : إذا كانت الدارُ رَهْناً فى قَرْضٍ يَنْتَفِعُ بها المرتهنُ ، وإن كان الرهنُ بثَمَن مَبيعٍ ، أو أجْرِ دارٍ أو دَيْنٍ غير القرض ، فأذن له الراهنُ فى الانتفاع جاز ذلك ، روى ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ، وبه قال إسحاق ، فأما إن كان الانتفاع بعوضٍ مثلُ أن استأجَر المرتهنُ الدارَ من الراهن بأجْرَةِ مِثلها ، من غير مُحاباةٍ ، جازَ فى القرض ، وغيره ، لكونه ما انتفع بالقرض ، بل بالإجارةِ ، وإن حاباه فى ذلك فحكمهُ حكم الانتفاع بغير عِوَض ، لا يجوز ، فى القرض ، ويجوز فى غيره ومتى استأجرها المرتهنُ ، أو استعارها ، فظاهُر كلام أحمد : أنّها تخرُجُ عن كونها رهناً ، فمتى انقضت الإجارةُ ، أو العاريَةُ عاد الرهنُ بحاله . قال أحمد فى رواية الحسن بن ثَوابٍ ؛ عن أحمد : إذا كان الرهنُ داراً ، فقال المرتهنُ أسكنْها بِكرائها ، وهى وثيقةٌ بحَقِّى ، ينْتَقِلُ فيصيرُ ديناً ، ويتحوّلُ عن الرهن ، وكذلك إن أكراها للراهن ، قال أحمدُ فى رواية ابن منصور : إذا ارتهن داراً ، ثم أكراها لصاحبها ، خرجت من الرهن، فإذا رجعت إليه صارت رهناً ، والأولى أنّها لا تخرُج عن الرهن إذا استأجرها المرتهن، أو استعارها . لأن القبض مُستَدامٌ ، ولا تَنافى بين العقدين ، وكلام أحمد فى رواية الحسن بن ثَوابٍ محمولٌ على أنّه أذن للراهن فى سُكناها ، كما فى رواية ابن منصور ، لأنّها خرجت عن يد المرتهن ، فزال اللزومُ، لزوال اليد ، بخلاف ما إذا سكنها المرتهنُ ، ومتى استعار المرتهنُ الرهنَ صار مضموناً عليه ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لا ضمانَ عليه ، ومبنى ذلك على العاريَةِ ، فإنّها عندنا مضمونةٌ ، وعندَهُ غيرُ مضمونةٍ .

٣٣٢٤ (فصل) فإن شرط فى الرهن أن ينتفع به المرتهن ، فالشرط فاسدٌ . لأنّه يُنافى مقتضى الرهن ، وعن أحمد : أنّه يجوزُ فى المبيع ، قال القاضى : معناه أن يقول : بعتُكَ هذا الثوب بدينارٍ بشرط أن تَرْهَنَنِى عَبْدَكَ يخدُمُنى شهراً ، فيكون بيعاً ، وإجَارةً ، فهو صحيح ، وإن أطلق ، فالشرطُ باطلٌ لجهالة ثمنهِ ، وقال مالك : لا بأس أن يشترط فى البيع منفعةَ الرهن إلى أجَلٍ فى الدُّور ، والأَرَضِينَ ، وكرهه فى الحيوان ، والثّياب ، وكرهه فى القَرْضِ . ولنا أنه شرط فى الرهن ما يُنافيه ، فلم يصحّ ، كما لو شرطه فى القرض .

٣٣٢٥ (فصل) الحال الثانى : ما يحتاج فيه إلى مُؤْنَةٍ ، فحكمُ المرتهن فى الانتفاع به بعِوَض ، أو بغير عِوَض بإذن الراهن ، كالقِسْم الذى قبله ، وإن أذن له فى الإنفاق ، والانتفاع بقَدْره ، جاز .

لأنه نوعُ معاوضة . وأما مع عدم الإذن ، فإنّ الرهنَ ينقسِمُ قسمين : محلوبًا ، ومركوبًا ، وغيرَهما . فأمّا المحلوب ، والمركوب ، فللمرتهن أن يُنفق عليه ، ويركب ، ويحلُب ، بقَدْرِ نفقته ، متحرِّيًا للعدْلِ في ذلك. نصّ عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم ، وأحمد بن القاسم ، واختاره الخِرَقيّ ، وهو قول إسحاق ، وسواء أنفق مع تعذّر النفقة من الراهن ، لغيبته ، أو امتناعه من الإنفاق ، أو مع القُدرةِ على أخذ النفقة ، من الراهن ، واستئذانه ، وعن أحمد روايةٌ أخرى : لا يُحْتَسَبُ له بما أنفق ، وهو متطوعٌ بها ، ولا يَنْتَفِعُ من الرهن بشيء ، وهذا قولُ أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ لَهُ غُنْمُهُ ، وعَلَيْهِ غُرْمُهُ » ولأنه مِلْكُ غيره ، لم يأذن له في الانتفاع به ، ولا الإنفاق عليه ، فلم يكن له ذلك ، كغير الرهن .

ولنا ما رَوى البخاريّ ، وأبو داود ، والترمذيّ ، عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ ، إِذَا كَانَ مَرْهُونًا ، ولَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا ، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ ، ويَشْرَبُ النَّفَقَةُ » ، فجعلَ مَنْفَعتَه بنفقته ، وهذا محلّ النزاع ، فإن قيل: المرادُ به أن الراهن يُنفق وينتفع ، قلنا : لا يصحّ ، لوجهين . أحدُهما : أنّه قد رُوى في بعض الألفاظ : إذا كانت الدابّةُ مَرْهُونةً ، فعلى المرتهن عَلَفُها ، ولبنُ الدرّ يُشربُ ، وعلى الذى يَشْرَبُ وَيَرْكَبُ نَفَقَتُه ، فجعل المنفقَ المرتهَن ، فيكونُ هو المنتفعَ . والثانى : أن قوله بنفقته ، يُشير إلى أن الانتفاع عِوَضُ النفقةِ ، وإنّما ذلك حقّ المرتهن، أما الراهنُ فإنفاقُه ، وانتفاعُه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخَرِ ، ولأنّ نفقة الحيوان واجبةٌ ، وللمرتهن فيه حقٌّ وقد أمكنه استيفاء حقِّه من نماء الرهن ، والنيابة عن المالك فيما وجب عليه ، واستيفاء ذلك من منافعه ، فجاز ذلك ، كما يجوزُ للمرأة أخذُ مؤنتها من مالِ زوجها عند امتناعه ، بغير إذنه ، والنيابةُ عنه في الإنفاق عليها ، والحديثُ نقول : والنّماء للراهن ، ولكن للمرتهن ولايةُ صَرْفها إلى نفقته ، لثبوت يده عليه ، وولايته ، وهذا فيمن أنفق مُحْتَسِبًا بالرجوع ، فأمّا إن أنفق مُتبرّعا بغير نيّة الرجوع ، لم ينتفع به ، روايةً واحدةً .

٣٣٢٦ (فصل) وأما غير المحلوب ، والمركوب ، فيتنوّع نوعين : حيوان ، وغيره ، فأمّا الحيوانُ ، كالعبد ، والأَمَةِ ، ونحوهما ، فهل للمرتهن أن يُنفق عليه ، ويستخدمَه بقدر نفقته ؟ ظاهرُ المذهب أنّه لا يجوز ، ذكره الخِرَقيّ ، ونصّ عليه أحمدُ في رواية الأثرم ، قال : سمعتُ أبا عبد الله يُسْأَلُ عن الرجل يرهنُ العبدَ ، فيستخدمُه ، فقال : الرهنُ لا يُنْتَفَعُ منه بشيء ، إلا حديث أبي هريرة خاصّةً في الذى يركبُ ، ويحلُب ، ويَعلِفُ . قلت له : فإن كان اللبنُ ، والركوبُ ، أكثرَ ، قال : لا ، إلا بقَدْرٍ . ونقل حنبلُ ، عن أحمد : أنّ له استخدامَ العبد أيضًا ، وبه قال أبو ثور : إذا امتنع المالك من الإنفاق

عليه ، قال أبو بكر : خالف حنبل الجماعة ، والعملُ على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء ، إلا ما خصّه الشرعُ به ، فإنّ القياس يقتضى أن لا ينتفع بشيء منه ، تركناه فى المركوب ، والمحلوب ، للأثر ، ففيما عداه يبقى على مقتضَى القياس .

النوع الثانى : غيرُ الحيوان ، كدارٍ استهدَمتْ ، فعمّرهَا المرتهِنُ ، لم يرجع بشيء ، روايةً واحدةً . وليس له الانتفاعُ بها بقدر نفقته ، فإنّ عِمارتَها غيرُ واجبةٍ على الراهن ، فليس لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمُه ، فإن فعل كان متبرِّعاً ، بخلاف الحيوان ، فإنه يجبُ على مالكه الإنفاقُ عليه ، لحُرْمته فى نفسه .

٣٣٢٧ (فصل) فأما الحيوان إذا أنفق عليه متبرّعا ، لم يرجع بشيء . لأنّه تصدّق به ، فلم يرجع بعوضه ، كما لو تصدّق على مسكين . وإن نوى الرجوعَ على مالكه ، وكان ذلك بإذن المالك ، رجع عليه ، لأنّه نابَ عنه فى الإنفاق بإذنه ، فكانت النفقةُ على المالك ، كما لو وكّله فى ذلك . وإن كان بغير إذنه ، فهل يرجع عليه ؟ يخرج على روايتين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، لأنّه ناب عنه فيما يلزمُه، وقال أبو الخطّاب : إن قدر على استئذانه ، فلم يستأذنه ، فهو متبرّع ، لا يرجع بشيء ، وإن عجز عن استئذانه، فعلى روايتين ، وكذلك الحكمُ فيما إذا مات العبدُ المرهُون فكفّنه ، والأول أقيسُ فى المذهب ، إذ لا يُعتبر فى قضاء الدين العجزُ عن استئذان الغَريم .

٣٣٢٨ (فصل) وإذا انتفع المرتهنُ بالرهن ، باستخدام ، أو ركوبٍ ، أو لُبْسٍ ، أو استرْضاعٍ ، أو استغلالٍ ، أو سُكْنَى ، أو غيره ، حُسِبَ من دينه بقَدْرِ ذلك . قال أحمد : يوضَعُ عن الراهن بقَدْرِ ذلك . لأنّ المنافع ملكُ الراهن ، فإذا استوفاها فعليه قيمتُها فى ذمّته ، للراهن ، فيتقاصُّ القيمةَ وقدرُها من الدين ، ويتساقطان .

٣٣٢٩ « مسألة » قال ﴿ وغلّة الدار ، وخدمةُ العبد ، وحَمْلُ الشاة ، وغَيرِها ، وثمرةُ الشجَرةِ المرهونةِ من الرّهن ﴾

أراد بغلّة الدار : أجرَها ، وكذلك خِدْمَة العبد . وجُملة ذلك : أن نماء الرهن جميعِه وغلاّته تكونُ رَهْناً فى يد مَنِ الرهنُ فى يده ، كالأصل . وإذا احتيج إلى بيعه فى وفاء الدين ، بيعَ مع الأصل ، سواء فى ذلك المتّصل ، كالسِّمَنِ ، والتّعلم ، والمُنْفَصِلُ كالكَسْب ، والأجْرةِ ، والولد ، والثمرة ، واللبن ، والصوف ، والشعر ، وبنحو هذا قال النخعىّ ، والشعبىُّ . وقال الثورى ، وأصحاب الرأى فى النماء : يَتْبَعُ ، وفى الكسب : لا يَتْبَعُ . لأنّ الكسبَ فى حكم الكتابة ، والاستيلاد ، والتدبير ، فلا يَتْبَعُ فى الرهن ، كأعيان مالِ الراهن ، وقال مالك : يَتْبَعُ الولدُ فى الرهن خاصّةً دون سائر النماء ، لأنّ الولد

يَتْبَعُ الأصلَ فى الحُقوق ، الثابتة ، كولد أمّ الولد ، وقال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر : لا يدخُل فى الرهن شىء من النماء المُنفصل ، ولا من الـكسب ، لأنّه حقٌّ تعلّق بالأصل ، يُسْتوفَى مِنْ ثمنـــه ، فلا يسرى إلى غيره ، كحقّ الجناية ، قال الشافعىّ : ولو رهنه ماشيةً مخاضاً ، فنُتِجَتْ ، فالنتاجُ خارجٌ من الرهن ، وخالفه أبو ثور ، وابنُ المنذر ، ومن حُجّتهم أيضاً قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » والنماء غُنْمٌ ، فيـكون للراهن ، ولأنّها عينٌ من أعيان ملك الراهن ، لم يُعقد عليها عقدُ رهن ، فلم تـكن رهناً ، كسائر ماله ، ولنا : أنّه حكم يَثْبُت فى العين ، بعقدِ المالك ، فيدخُل فيه النماء ، والمنافعُ ، كالملك بالبيع . وغيره ، ولأن النماء نماء حادثٌ من عين الرهن ، فيدخَل فيه ، كالمتّصل ، ولأنه حقٌّ مستقرّ فى الأمّ ، ثبت برضَى المالك ، فيسرى إلى الولد ، كالتدبير ، والاستيلاد .

ولنا على مالك : أنّه نماء حادثٌ من عين الرهن ، فسرى إليه حكمُ الرهن، كالولد ، وعلى أبى حنيفة : أنّه عقدٌ يَستتبِعُ النَّماء ، فاستتبع الـكَسْبَ ، كالشراء ، فأمّا الحديثُ فنقول به ، وأن غُنْمَهُ ونَماءَهُ ، وكَسْبَهُ للراهن ، لـكن يتعلّق به حقُّ الرهن ، كالأصل ، فإنّه للراهن ، والحقّ متعلّق به . والفرق بينه ، وبين سائر مالِ الراهن : أنّه تَبَعٌ ، فثبت له حكم أصله . وأما حَقّ الجناية . فإنّه ثبت بغير رضَى المالك ، فلم يتعدّ ما ثبت فيه ، ولأنّه جزاء عُدوانٍ ، فاختصّ الجانىَ ، كالقصاص ، ولأنّ السِّرايةَ فى الرهن ، لا تُفضى إلى استيفاء أكثر من دينه ، فلا يَـكثُر الضرر فيه .

٣٣٣٠ (فصل) وإذا ارتهن أرضاً ، أو داراً ، أو غيرَها ، تبعه فى الرهن ما يَتْبَعُ فى البَيْعِ . فإن كان فى الأرض شجرٌ فقال : رهنتُك هذه الأرض بحقوقها ، أو ذكر ما يدلّ على أن الشجر فى الرهن، دَخل فيه . وإن لم يذكر ذلك ، فهل يدخُل الشجرُ فى الرهن ؟ على وجهين ، بناء على دخوله فى البيع . وإن رهنه شجراً مُثمراً ، وفيه ثمرةٌ ظاهرةٌ ، لم تدخُل فى الرهن ، كما لا تدخُل فى البيع ، وإن لم تـكن ظاهرةً دخلت ، وقال الشافعىّ : لا تدخُل الثمرةُ فى الرهن بحالٍ ، وقال أبو حنيفة : تدخُل بكلّ حالٍ ، لأنّ الرهن عنده لا يصحّ على الأصول دون الثمرة ، وقد قصد إلى عقـــد صحيحٍ ، فتدخُل الثمرةُ ضرورَةَ الصحّة .

ولنـا : أن الثمرة المؤَبَّرة لا تدخُل فى البيع مع قوّته ، وإزالته لملك البائع ، فالرهنُ مع ضعفه أولى . وعلى الشافعىّ : أنّه عقدَ على الشجرة ، فاستتبع الثمرة غير المؤبّرة ، كالبيع ، ويدخُل فى الرهن الصوفُ ، واللبن ، الموجودان ، كما يدخُل فى البيع . وكذلك الحملُ ، وسائرُ ما تَبِـع فى البيع . لأنّه عقدٌ ، واردٌ على العين ، فدخلت فيه هـذه التوابع ، كالبيع ، ولو كان الرهنُ دارا ، فخرِبَتْ كانت أنقاضُها رَهْناً ،

لأنها من أجزائها ، وقد كانت مرهونةً قبل خرابها . ولو رهنه أرضاً ، فنبت فيها شجرٌ ، فهو من الرهن ، سواء نبت بفعل الراهن ، أو بفعل غيره ، لأنه من نمائها .

٣٣٣١ (فصل) وليس للراهن الانتفاعُ بالرهن ، باستخدام ، ولا وطء ، ولا سُكنى ، ولا غير ذلك ، ولا يملكُ التصرّف فيه ، بإجارةٍ ، ولا إعارةٍ ، ولا غيرهما ، بغير رضى المرتهن ، وبهذا قال الثوريّ ، وأصحاب الرأى ، وقال مالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعيّ ، وابن المنذر : للراهن إجارتهُ ، وإعارتهُ مدّةً لا يتأخَّر انقضاؤها عن حلول الدين ، وهل له أن يَسْكُنَ بنفسه ؟ على اختلاف بينهم فيه ، وإن كان الرهنُ عبداً ، فله استيفاء منافعه بغيره ، وهل له ذلك بنفسه ؟ على الخلاف ، وليس له إجارةُ الثوب ، ولا ما ينقصُ بالانتفاع ، وبَنَوْهُ على أن المنافع للراهن ، لا تدخُل فى الرهن ، ولا يتعلّق بها حقُّه . وقد سبق الكلام فى هذا . ولأنها عينٌ محبوسةٌ ، فلم يكن للمالك الانتفاعُ بها ، كالمبيع المحبوس عند البائع على استيفاء ثمنه . أو نقول : نوعُ انتفاع ، فلا يملكهُ الراهن ، كالذى ينقُص قيمةَ الرهن .

إذا ثبت هذا : فإن المتراهنَيْن إذا لم يتفقا على الانتفاع بها ، لم يجُز الانتفاعُ بها ، وكانت منافعُها مُعطّلةً . فإن كانت داراً أُغلقت ، وإن كان عبداً أو غيره تعطّلت منافعُه حتى يُفَكّ الرهنُ ، وإن اتفقا على إجارةِ الرهن ، أو إعارتِه ، جاز ذلك ، هذا ظاهرُ كلام الخِرَقيّ ، لأنّه جعل غلّة الدار ، وخدمةَ العبد رَهْناً ، ولو عطّلت منافعُهما لم يكن لها غَلّة ، وقال ابن أبى موسى : إن أذن الراهنُ للمرتهن فى إعارته ، أو إجارته ، جاز ، والأجرةُ رهنٌ ، وإن أجَره الراهنُ بإذن المرتهن ، خرج من الرهن فى أحدِ الوجهين ، والآخرُ لا يخرُج ، كما لو أجّره المرتهنُ ، وقال أبو الخطّاب فى المُشاع يُؤَجّره الحاكم لهما ، وذكر أبو بكرٍ فى الخلاف . أنّ منافع الرهن تُعَطَّلُ مطلقاً ، ولا يؤجّرانه[1] ، وهذا قول الثوريّ وأصحاب الرأى . وقالوا : إذا أجّر الراهنُ الرهنَ بإذن المرتهِن ، كان إخراجاً من الرهن ، لأنّ الرهنَ يقتضى حَبْسَهُ عند المرتهن ، أو نائبه ، على الدوام ، فمتى وُجد عقدٌ يُسْتَحقّ به زوالُ الحبس ، زال الرهنُ .

ولنا : أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين ، واستيفاؤه من ثمنه عند تعذّر استيفائه من ذمّة الراهن . وهذا لا ينافى الانتفاعَ به ، ولا إجارتَه ، ولا إعارتَه ، فجاز اجتماعهما ، كانتفاع المرتهِن به ، ولأن تعطيل منفعته تضييعٌ للمال ، وقد نهى النبيُّ صلّى الله عليه وسلم عن إضاعةِ المال ، ولأنّه عينٌ تعلّق بها حقّ الوثيقة ، فلم يَمنع إجارتها كالعبد إذا ضَمِن بإذن سيّده ، ولا نُسَلِّم أن مقتضى الرهن الحبس ، وإنّما مقتضاه تعلّق الحقّ به ، على وجه تحصُل به الوثيقةُ ، وذلك غيرُ منافٍ للانتفاع به . ولو سلّمنا أن مقتضاه الحبس ، فلا يمنعُ أن يكون المستأجرُ نائباً عنه ، فى إمساكه ، وحبسه ، ومُستوفياً لمنفعته لنفسه .

٣٣٣٢ (فصل) ولا يُمنع الراهن من إصلاح الرهن ، ودفع الفساد عنه ، ومداواته ، إن احتاج

(١) كانت فى الأصل (ولا يؤجراه) وهى خطأ من جهة النحو فأصلحناها .

إليها ، فإذا كان الرهنُ ماشيةً ، فاحتاجت إلى إطراقِ الفَحْلِ ، فللراهن ذلك ، لأنّ فيه مصلحةً للرهن ، وزيادته ، وذلك زيادةٌ فى حَقِّ المرتهن ، من غير ضرر ، وإن كانت فحولاً لم يكن للراهن إطراقُها بغير رضى المرتهن ، لأنّه انتفاعٌ لا مصلحةَ للرهن فيه فهو كالاستخدام ، إلاّ أن يصير إلى حالٍ يتضرّر بترك الإطراق ، فيجوزُ . لأنّه كالمداواة له .

٣٣٣٣ « مسألة » قال ﴿ ومؤنة الرهن على الراهن . فإن كان عبداً فمات فعليه كفنه ، وإن كان مما يخزن فعليه كراء مخزنه ﴾ .

وجملته : أن مُؤنةَ الرهن من طعامه ، وكُسوته ، ومسكنه ، وحافظه ، وحِرْزه ، ومَخْزنه ، وغيرذلك على الراهن . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، والعنبرىّ ، وإسحاق ، وقال أبو حنيفة : أجرُ المسكن ، والحافظ ، على المرتهن . لأنّه من مُؤْنةِ إمساكه ، وارتهانه .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ، لَهُ غُنْمُهُ ، وعَلَيْهِ غُرْمُهُ » ولأنّه نوعُ إنفاق ، فكان على الراهن ، كالطعام ، ولأنّ الرهن ملكٌ للراهن ، فكان عليه مسكنه ، وحافظه ، كغير الرهن ، وإن أَبَقَ العبدُ فأجْرةُ من يَردّه على الراهن ، وقال أبو حنيفة : يكون بقدر الأمانة على الراهن ، وبقدر الضمان على المرتهن ، وإن احتيج إلى مداواته لمرضٍ ، أو جُرْحٍ ، فذلك على الراهن . وعند أبى حنيفة : هو كأجر من يَرُدّه من إباقه ، وبنَى ذلك على أصله فى أنّ يدَ المرتهن يدُ ضمانٍ بقَدْرِ دَيْنِهِ فيه ، وما زاد فهو أمانةٌ عنده ، والكلامُ على ذلك فى غير هذا الموضع ، وإن مات العبدُ كانت مؤنته ، كتجهيزه ، وتكفينه ، ودَفْنه ، عليه ، كسائر العبيد ، والإماء ، والأقارب من الأحرار .

٣٣٣٤ (فصل) وإن كان الرهنُ ثمرةً ، فاحتاجت إلى سقى وتسوية ، وجِذاذٍ ، فذلك على الراهن ، وإن احتاجت إلى تجفيف ، والحقُّ مُؤَجَّلٌ ، فعليه التجفيفُ ، لأنّه يحتاجُ أن يستبقيها رهناً ، حتى يَحِلّ الحقّ ، وإن كان حالاً بيعت ، ولم يحتج إلى تجفيفها ، وإن اتفقا على بيعها ، وجَعْل ثمنها رهناً بالحقّ المؤجّل ، جاز ، وإن اختلفا فى ذلك قدّم قولُ من يستبقيها بعينها . لأنّ العقد يقتضى ذلك ، إلاّ أن يكون مما تقلّ قيمتُه بالتجفيف ، وقد جرت العادةُ ببيعه رطباً ، فإنه يُباع ، ويُجْعَلُ ثمنه مكانه . وإن اتفقا على قطع الثمرة فى وقتٍ ، فلهما ذلك ، سواء كان الحقُّ حالاً ، أو مُؤَجّلاً ، وسواء كان الأصلحُ القطعَ ، أو الترك لأنّ الحقّ لا يخرُج عنهما ، وإن اختلفا ، قدّمنا قولَ من طلب الأصلح ، إن كان ذلك قبل حُلول الحقّ . وإن كان الحقّ حالاً قدِّم قول من طلب القَطْعَ . لأنه إن كان المرتهنَ ، فهو طالبٌ لاستيفاء حقّه الحال ، فلزم إجابتُه ، وإن كان الراهنَ ، فهو يطلبُ تبرئةَ ذمّته ، وتخليصَ عَيْنِ مِلْكِهِ من الرهن ، والقطعُ أحوطُ من جهة أنّ فى تبقيته غَرَراً ، ذكر القاضى هذا فى المُفْلِس ، وهو قولُ أكثر

أصحاب الشافعي ، وهذا في معناه ، ويحتمل أن يُنظر في الثمرة . فإن كانت تنقص بالقطع نقصاً كثيراً ، لم يُجبَر المُمتنع من قطعها عليه . لأن ذلك إتلافٌ ، فلا يُجْبَرُ عليه ، كما لا يُجْبَرُ على نقض داره ، ليبيع أنقاضها ، ولا على ذبح فرسه ليبيع لحمها ، وإن كانت الثمرةُ ممَّا لا يُنتفعُ بها قبل كمالها ، لم يجُز قطعُها قبله ، ولم يُجْبَرْ عليه بحال .

٣٣٣٥ (فصل) وإن كان الرهن ماشيةً تحتاج إلى إطراق الفَحْل ، لم يُجْبَرْ الراهنُ عليه . لأنه ليس عليه ما يتضمّن زيادةً في الرهن ، وليس ذلك مما يحتاج إليه لبقائها . ولا يمنع من ذلك ، لكونها زيادةً لها ، لا ضرر على المرتهن فيه ، وإن احتاجت إلى رَعْيٍ ، فعلى الراهن أن يُقيم لها راعياً . لأنّ ذلك يجرى مجرى عَلَفها ، وإن أراد الراهن السفر بها ليرعاها في مكانٍ آخرَ ، وكان لها في مكانها مرعًى تتماسكُ به ، فللمرتهن منعُه من ذلك ، لأنّ في السفر بها إخراجَها عن نظره ، ويده ، وإن أجدب مكانُها ، فلم يجد ما تتماسك به ، فللراهن السفرُ بها . لأنّه موضعُ ضرورةٍ ، لأنّها تَهْلِكُ إذا لم يُسافر بها ، إلاَّ أنّها تكون في يد عَدْلٍ يَرْضيانِ به ، أو يَنْصِبُه الحاكمُ ، ولا ينفردُ الراهنُ بها ، فإن امتنع الراهنُ من السفر بها ، فللمرتهن نقلُها . لأنّ في بقائها هلاكَها ، وضياعَ حقّه من الراهن . فإن أرادا جميعاً السفرَ بها ، واختلفا في مكانها ، قدّمنا قولَ من يُعيّن الأصلَح . فإن استويا ، قدّمنا قولَ المرتهِن ، وقال الشافعي : يُقدَّم قولُ الراهن ، وإن كان الأصلحُ غيرَه . لأنه أملكُ بها ، إلاّ أن يكون مأواها إلى يد عَدْلٍ .

ولنا : أن اليد للمرتهن ، فكان أولى ، كما لو كانا في بلد واحدٍ ، وأيُّهما أراد نقلَها عن البلد مع خِصبه ، لم يكن له ، سواء أراد نقلَها إلى مثله ، أو أخصبَ منه ، إذ لا معنَى للمسافرة بالرهن ، مع إمكان ترك السفرية ، وإن اتّفقا على نقلها ، جاز أيضاً ، سواء كان أنفع لها ، أولا . لأن الحقّ لهما ، لا يخرُج عنهما .

٣٣٣٦ (فصل) وإن كان عبداً يحتاجُ إلى خِتَانٍ ، والدَّينُ حالّ ، أو أجلُه قبلَ بُرْئِه ، مُنِعَ منهُ . لأنّه ينقصُ ثمنَه ، وفيه ضرر ، وإن كان يبرأ قبل محلّ الحقّ ، والزمانُ معتدلٌ لا يخافُ عليه فيه ، فله ذلك . لأنّه من الواجبات ، ويزيدُ به الثمن ، ولا يضرّ المرتهن ، ومؤنته على الراهن . فإن مرض ، فاحتاج إلى دواء ، لم يُجْبَر الراهن عليه ، لأنه لا يتحقّق أنه سببٌ لبقائه ، وقد يَبْرأ بغير علاج ، بخلاف النفقة ، وإن أراد الراهنُ مُداواته بما لا ضرر فيه لم يُمنَعْ منه . لأنّه مصلحةٌ لهما من غير ضرر بواحدٍ منهما . وإن كان الدواء مما يُخاف غائلتُه ، كالسُّموم ، فللمُرتهن منعُه منه . لأنّه لا يأمن تلفَه . وإن احتاج إلى فَصْدٍ ، أو احتاجت الدَّابة إلى تَوْديجٍ ، ومعناه فتحُ الوَدجَيْن حتى يَسِيلَ الدمُ ، وهما عِرْقانِ عَرِيضَانِ غليظان

من جانِبَى ثُغرةِ النَّحْرِ ، أو تَبزِيغٍ وهو فَتحُ الرَّهْصَةِ ، فللراهن فعلُ ذلك ، مالم يَخف منه ضرراً ، وإن احتيج إلى قطع شيء من بدنه بدواءٍ لا يُخاف منه ، جاز ، وإن خيف منه ، فأيُّهما امتَنَع منهُ ، لم يُجْبَرْ ، وإن كانت به آكِلَةٌ ، كان له قَطْعُها . لأنّه يُخاف من تركها لا مِنْ قَطْعها . لأنه لا يَحِسّ بلَحْمٍ ميِّت ، وإن كانت به خَبِيثةٌ ، فقال أهلُ الخبرة الأحوطُ قطعُها ، وهو أنفعُ من بقائها ، فللراهن ذلك ، وإلاّ فليس له فعلُه ، وإن تساوى الخوفُ عليه فى الحالين ، لم يكن له قطعُها . لأنّه يُحدث جرحاً فيه ، لم يترجّح إحداثُه ، وإن كانت به سلعة ، أو أصبعٌ زائدةٌ ، لم يملك الراهنُ قطعها . لأنّ قطعها يُخاف منه ، وتركها لا يُخاف منه ، وإن كانت الماشيةُ جَربَةً ، فأراد الراهنُ دهنها بما يُرْجَى نفعُه،ولا يُخاف ضررهُ ، كالقَطِران ، والزيت اليسير ، لم يُمْنَع . وإن خيف ضرره ، كالكثير ، فللمرتهن منعهُ ، وقال القاضى : له ذلك بغير إذن المرتهن . لأنّ له مُعالجةَ مِلْكه ، وإن امتنع من ذلك لم يُجْبَرْ عليه ، ولو أراد المرتهنُ مُداواتها بما يَنفعُها ، ولا يُخشى ضررُه لم يُمنع . لأنّ فيه إصلاحَ حقّه بما لا يضرّ بغيره ، وإن خيف منه الضرر ، لم يمكن عنه . لأنّ فيه خطراً بحقّ غيره .

٣٣٣٧ (فصل) فإن كان الرهنُ نَخلاً ، فاحتاج إلى تأبيرٍ ، فهو على الراهن ، وليس للمرتهن منعُه . لأنّ فيه مصلحةً بغير مَضرّة . وما يسقط من لِيفٍ . أو سَعَفٍ ، أو عَراجِينَ ، فهو من الرهن . لأنّه من أجزائه ، أو من نمائه ، وقال أصحابُ الشافعىّ : ليس من الرهن ، بناءً منهم على أنّ النماء ليس منه ، ولا يصحّ ذلك ههنا . لأنّ السعَفَ من جُملة الأعيان التى ورد عليها عقدُ الرهن . فكانت منه كالأصول، وأنقاض الدار ، وإن كان الرهنُ ، كَرْماً ، فله زِبَارُه . لأنه لمصلحته ، ولا ضرر فيه ، والزَّرَجُونُ من الرّهن ، ولو كان الشجرُ مُزدَحماً ، وفى قطع بعضه صلاحٌ لما يَبْقَى فله ذلك ، وإن أراد تحويلَه كلّه ، لم يملك ذلك ، وإن قيل : هو الأولى . لأنّه قد لا يعلَق ، فيفوتُ الرهن ، وإن امتنع الراهنُ من فِعل هذا كلّه ، لم يُجْبَرْ عليه ، لأنّه لا يلزمه فعلُ ما فيه زيادةُ الرهن .

٣٣٣٨ (فصل) وكلّ زيادة تلزمُ الراهنَ إذا امتنع أجْبَرهُ الحاكمُ عليها ، وإن لم يفعل اكترى له الحاكمُ من ماله ، فإن لم يكن له مالٌ اكترى من الرهن ، فإن بذلها المرتهنُ مُتطوّعاً لم يرجع بشيء . وإن أنفق بإذن الراهن ، أو إذن الحاكم عند تعذّر إذن الراهن محتسباً ، رجع به . وإن تعذّر إذنهما . أشهدَ على أنّه أنفق ليرجع بالنفقة ، وله الرجوعُ بها . وإن أنفق من غير استئذان الحاكم ، مع إمكانه ، أو من غير إشهاد بالرجوع عند تعذّر استئذانه ، ليرجع به ، فهل يرجعُ ؟ على روايتين . وإن أنفق بإذن الراهن ، ليكونَ الرهنُ رهناً بالنفقة ، والدينِ الأولِ لم يصحّ ، ولم يصر رهناً بالنفقة ، لما ذكرنا . وإن قال الراهنُ . أنفقتَ متبرّعاً ، وقال المرتهنُ : بل أنفقتُ محتسباً بالرجوع . فالقولُ قولُ المرتهن .

لأنّ الخلافَ فى نيّته ، وهو أعلمُ بها،ولا اطلاعَ لغيره من الناس عليها،وعليه اليمينُ ، لأنّ ما قاله الراهنُ محتملٌ . وكلُّ مؤنةٍ لا تلزمُ الراهنَ ، كنفقة المداواة ، والتأبير ، وأشباهها . لا يرجعُ بها المرتهنُ إذا أنفقها ، سواءٌ أنفقها محتسباً ، أو متبرِّعاً .

٣٣٣٩ « مسألة » قال ﴿ والرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن ، رجع المرتهنُ بحقّه عند محلّه ، وكانت المصيبةُ فيه من راهنه ، وإن كان بتعدّى المرتهن ، أو لم يُحرزه ضَمِن ﴾ .

أما إذا تعدّى المرتهنُ فى الرهن ، أو فرَّط فى الحفظ للرهن الذى عنده،حتى تلف ؛ فإنه يَضمن ، لانعلم فى وجوب الضمان عليه خلافاً . ولأنّه أمانةٌ فى يده ، فلزمه ضمانه إذا تلف بتعدّيه ، أو تفريطه ، كالوديعة ، وأمّا إن تلف من غير تعدّ منه ، ولا تفريط . فلا ضمانَ عليه ، وهو من مالِ الراهن . يُروى ذلك عن علىّ رضى الله عنه ، وبه قال عطاء ، والزهرىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىُّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر . ويُروى عن شُرَيح ، والنخَعِىّ ، والحسن : أن الرهن يُضْمَنُ بجميع الدين ، وإن كان أكثرَ من قيمته ، لأنّه رُوى عن النبىّ صلَّى الله عليه وسلم أنه قال « الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ » وقال مالك : إن كان تلفهُ بأمرٍ ظاهرٍ ، كالموت ، والحريق ، فمِنْ ضمان الراهن ، وإن ادّعى تلفه بأمر خفى ، لم يقبل قوله وضمن . وقال الثورىّ ، وأصحاب الرأى : يضمَنُه المرتهن بأقلّ الأمرين من قيمته ، أو قدر الدَّيْن . ويُروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، واحتجّوا بما رَوى عطاء : أنّ رجُلاً رَهَن فَرساً ، فنَفَق عند المُرتهن ، فجاء إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك ، فقال « ذَهَبَ حَقُّكَ » ولأنّها عينٌ مَقْبُوضَةٌ ، للاستيفاء ، فيضمنها من قبضها لذلك ، أو من قبضها نائبُه ، كحقيقة المستوفِى ، ولأنّه محبوسٌ بدين ، فكان مَضْمُوناً ، كالمبيع إذا حُبس لاستيفاء ثمنه .

ولنا : ما رَوى ابن أبى ذئب ، عن الزهرىّ ، عن سعيد بن المسيّب : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ ، لِصَاحِبِه ، غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بن يونس ، عن ابن أبى ذئب ، ورواه الشافعىُّ ، عن ابن أبى فُدَيْك ، عن ابن أبى ذئب ، ولفظُه « الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِى رَهَنَه » وباقيه سواء . قال : ووصله ابنُ المسيّب ، عن أبى هريرة ، عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم مثلَه ، أو مِثلَ معناه ، من حديث أبى أُنَيْسَةَ . ولأنّه وثيقةٌ بالدين ، فلا يَضْمَنُ ، كالزيادة على قدر الدين ، وكالكفيل ، والشاهد ، ولأنّه مقبوضٌ بعقدٍ واحدٍ بعضُه أمانةٌ ، فكان جميعُه أمانةً ، كالوديعة. وعند مالك : أنّ ما لا يُضمَنُ به العقارُ لا يُضمَنُ به الذهبُ ، كالوديعة . فأمّا حديثُ عطاء فهو مُرسَل ، وقول عطاء يُخالفه . قال الدارقطنىّ : يرويه إسماعيلُ ابن أُمَيّة ، وكان كذّاباً . وقيل : يرويه مُصْعَبُ ابنُ ثابت ، وكان ضعيفاً ، ويحتمل أنه أراد ذهب حقُّكَ من الوثيقة ، بدليل أنه لم يَسألْ عن قدر الدين ،

وقيمة الفَرَس . وحديثُ أنسٍ إن صحّ . فيحتملُ أنّه محبوسٌ بما فيه ، وأما المستوفَى ، فإنه صار مِلْكاً للمُسْتوفِي ، وله نماؤه ، وغُنْمُه ، فكان عليه ضمانُه وغُرْمُه ، بخلاف الرهن ، والبيعُ قبل القبض ممنوع .

٣٣٤٠ (فصل) وإذا قضاه جميعَ الحقّ ، أو أبرأه من الدين ، بقي الرهنُ أمانةً في يده ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : إذا قضاه كان مضموناً ، وإذا أبرأه ، أو وهبه ، لم يكن مضموناً ، استحساناً ، وهذا مناقضةٌ لأنّ القبض المضمونَ منه ، لم يَزُل ، ولم يُبرئه منه . وعندنا : أنّه كان أمانةً ، وبقي على ما كان عليه ، وليس عليه رَدّه . لأنه أمسكه بإذن مالكه ، ولا يختصّ بنفعه ، فهو كالوديعة ، بخلاف العارِيَة . فإنه يختصّ بنفعها ، وبخلاف ما لو أطارت الريحُ إلى داره ثوباً ، لزمه رَدّه إلى مالكه ، لأنّ مالكه لم يأذن في إمساكه ، فأمّا إن سأل مالكُهُ في هذه الحال ، دَفْعَهُ إليه لزم مَنْ هو في يده من المرتهِن ، أو العَدْل دَفْعُه إليه ، إذا أمكنه ، فإن لم يفعل صار ضامناً ، كالمودَع ، إذا امتنع من رَدّ الوديعة عند طلبها . وإن كان امتناعُه لعذر . مثلُ أن يكون بينه وبينه طريق مُخيفٌ ، أو بابٌ مُغْلَقٌ ، لا يمكنه فتحُه ، أو كان يخاف فَوْت جمعة ، أو جماعةٍ ، أو فوتَ صلاةٍ ، أو به مرض ، أو جوعٌ شديد ، وما أشبهه ، فأخّر التسليم لذلك ، فتلف ، فلا ضمانَ عليه . لأنّه لا تفريط منه ، فأشبه المودَع .

٣٣٤١ (فصل) وإذا قبض المرتهنُ الرهنَ ، فوجده مُستحَقّاً ، لزمه ردُّه على مالِكه ، والرهنُ باطل من أصله . فإن أمسكه مع علمه بالغصب حتى تلف في يده ، استقَرّ عليه الضمانُ ، وللمالك تضمينُ أيّهما شاء . فإن ضمن المرتهن ، لم يرجعْ على أحدٍ لذلك ، وإن ضمن الراهنُ رجع عليه ، وإن لم يعلم بالغصب حتى تلف بتفريطه ، فالحكمُ كذلك . لأنّ الضمانَ يستقرُّ عليه ، وإن تلف بغير تفريط ، ففيه ثلاثةُ أوجه :

أحدها . يضمنُ ، ويستقرّ الضمانُ عليه . لأنّ مال غيره تلف تحت يده العادِية فاستقرّ الضمانُ عليه ، كما لو علم .

والثاني : لا ضمان عليه . لأنه قبضه على أنّه أمانةٌ من غير عِلْمِه ، فلم يضمنه كالوديعة . فعلى هذا يرجعُ المالكُ على الغاصب ، لا غيرُ .

والوجه الثالث : أن المالك تضمينَ أيّهما شاء ، ويستقرُّ الضمانُ على الغاصب ، فإن ضمن الغاصبُ لم يَرجعْ على أحدٍ ، وإن ضمن المرتهِنُ رجعَ على الغاصبَ ، لأنّه غرّه ، فرجع عليه ، كالمغرور بحرّية أمَةٍ .

٣٣٤٢ « مسألة » قال ﴿ وإن اختلفا في القيمة ، فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه ، وإن اختلفا في قدر الحقّ ، فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه ، إذا لم يكن لواحدٍ منهما بما قال بيّنة ﴾

يعنى : إذا اختلفا فى قيمة الرهن إذا تلف فى الحال التى يلزمُ المرتهنَ ضمانُه ، وهى إذا تعدّى ، أو لم يُحرز ، فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه . لأنه غارمٌ ، ولأنه مُنكِر لوجوب الزيادة على ما أقرّ به ، والقولُ قولُ المنكِر . وبهذا قال الشافعىّ ، ولا نعلَمُ فيه مُخالفاً . وإن اختلفا فى قدر الحقّ ، نحوُ أن يقول الراهنُ : رهنتُكَ عبدى هذا بألفٍ ، فقال المرتهنُ : بل بألفَيْن . فالقولُ قولُ الراهن ، وبهذا قال النخَعِىّ ، والثورىّ ، والشافعىّ ، والبتّىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وحُكى عن الحسن، وقتادَةَ أنّ القولَ قولُ المرتهن ، ما لم يُجاوز ثمن الرهن ، أو قيمَته ، ونحوُه قول مالك ، لأنّ الظاهرَ أن الرهن يكونُ بقدر الحقّ .

ولنا : أن الراهن مُنكِر للزيادة التى يدّعيها المرتهنُ ، والقولُ قولُ المُنكِر ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ رِجَالٍ ، وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنْ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» رواه مسلم . ولأنّ الأصلَ براءةُ الذمّة من هذه الألف . فالقولُ قولُ من ينفيها ، كما لو اختلفا فى أصل الدين ، وماذكره من الظاهر غيرُ مُسلّم . فإنّ العادةَ رهنُ الشىء بأقلّ من قيمته ، إذا ثبت هذا: فإنّ القولَ قولُ الراهن فى قدر ما رهنه به . سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أنّ الدينَ ألفان ، وقال الراهنُ : إنما رهنتُك بأحدِ الألفين ، وقال المرتهنُ : بل رهنْتَهُ بهما ، فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه ، لأنّه يُنكِر تعلّق حقّ المرتهن فى أحد الألفين بعبده ، والقولُ قولُ المُنكِر ، وإن اتفقا على أنه رهنٌ بأحد الألفين ، وقال الراهنُ : هو رهنٌ بالمؤجّل ، وقال المرتهنُ : بل بالحالّ ، فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه ، لأنّه مُنكِر ، ولأنّ القولَ قولُه فى أصل الرهن ، فكذلك فى صفته ، وهذا إذا لم يكن بيّنة ، فإن كان لأحدهما بيّنة ، حُكم بها بغير خلافٍ فى جميع هذه المسائل .

٣٣٤٣ (فصل) وإن اختلفا فى قدر الرهن ، فقال : رهنتُك هذا العبد . قال : بل هو والعبدُ الآخر . فالقولُ قولُ الراهن . لأنّه منكر ، ولا نعلم فى هذا خلافاً . وإن قال : رهنتُك هذا العبد . فقال : بل هذه الجاريةَ ، خرج العبدُ من الرهن ، لاعتراف المرتهن بأنّه لم يرهنْهُ ، وحَلف الراهنُ على أنّه ما رهنه الجاريةَ . وخرجتْ من الرهن أيضاً . وإن اختلفا فى ردّ الرهن إلى الراهن ، فالقولُ قولُه أيضاً ، لأنّه مُنكرٌ ، والأصل معه . وكذلك الحكم فى المستأجِر ، إذا ادّعى ردّ العين المستأجرَة ، وقال أبو الخطّاب: يتخرّج فيهما وجهٌ آخرُ : أنّ القولَ قولُ المرتهن ، والمستأجِر فى الردّ ، بناءً على المضارب ، والوكيل بجُعْلٍ إذا ادّعيا الردّ . فإنّ فيهما وجهين ، والفرقُ بينهما وبين المرتهن ، أن المرتهن قبضَ العينَ لينتفع بها، وكذلك المستأجرُ ، والوكيلُ ، قبض العين لينتفع بالجُعْلِ ، لا بالعين ، والمُضاربُ قبضَها لينتفع برِبحها ،

لا بها ، وإن اختلفا فى تلَف العين ، فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه ، لأنّ يده يدُ أمانةٍ . ويتعذّر عليه إقامةُ البيّنة على التلَف . فقُبل قولُه فيه كالمودَع .

٣٣٤٤ (فصل) فإن قال : بعتُك هذا الثوبَ على أن ترهنني بثمنه عبدَيْكَ هذين ، فقال : بل على أن أرهنك هذا وحدَه ، ففيها روايتان ، حكاهما القاضى :

إحداهما : يتحالفان . لأنه اختلافٌ فى البيع ، فهو كالاختلاف فى الثمن .

والثانيـةُ : القولُ قولُ الراهن . لأنه مُنـكِر لشرط رَهن العبد الذى اختلفا فيه ، والقولُ قولُ المنـكر ، وهذا أصحّ .

٣٣٤٥ (فصل) وإن قال : أرسلتَ وكيلكَ ، فرهننى عبدَك على عشرين قبَضها . فقال : ما أمرته يرَهنه إلاّ بعَشرَةٍ ، ولا قبضتُ إلا عَشَرةً . سُئِل الرسولُ : فإن صدّق الراهنَ فعليه اليمينُ : أنه مارهنه إلا بعَشَرةٍ ، ولا قبض إلا عَشَرةً . ولا يمينَ على الراهن . لأن الدعوى على غيره ، فإذا حلف الوكيلُ بَرِئا جميعاً ، وإن نـكَلَ . فعليه العشرَةُ المختلَف فيها ، ولا يرجعُ بها على أحدٍ لأنه يُصدّق الراهنَ فى أنّه ما أخذَها ، ولا أمره بأخذها ، وإنّما المرتهنُ ظَلَمه ، وإن صدّق الوكيلُ المرتهِنَ ، وادّعى أنه سلّم العشرينَ إلى الراهن . فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه ، فإن نـكلَ قُضِيَ عليه بالعشرة ، ويَدْفَعُ إلى المرتهن ، وإن حلف ، برىء ، وعلى الرسول غَرَامَةُ العَشَرَةِ للمُرتهِن ، لأنه يزعم أنتها حَقّ له ، وإنّما الراهنُ ظَـلَمَه ، وإن عُدِم الرسولُ ، أو تعَذّر إحلافُه ، فعلى الراهنِ اليمينُ : أنته ما أذِنَ فى رَهْنه إلا بعَشَرةٍ ، ولاقبض أكثرَ منها . ويبقى الرهنُ بالعَشَرةِ الأُخْرى .

٣٣٤٦ (فصل) إذا كان على رجل ألفان ، أحدُهما برهن والآخرُ بغير رهن ، فقَضَى ألفاً ، وقال : قضيتُ دينَ الرهن ، وقال المرتهنُ : بل قضيتَ الدينَ الآخر . فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه ، سواء اختلفا فى نيّة الراهن بذلك أو فى لَفظِهِ . لأنه أعلمُ بنيّته ، وصِفةِ دفعه ، ولأنّه يقولُ : إنّ الدّيْن الباقيَ بلا رهن ، والقولُ قولُه فى فى أصل الرهن ، فـكذلك فى صفته . وإن أطلق القضاء ، ولم يَنْوِ شيئاً ، فقال أبو بكر : له صرفُها إلى أيّهما شاء ، كما لو كان له مالٌ حاضرٌ ، وغائب ، فأدّى قدر زكاة أحدهما ، كان له أن يُعيِّن عن أىِّ المالين شاء . وهذا قولُ بعض أصحاب الشافعىِّ ، وقال بعضهم : يقعُ الدفعُ عن الدينين معاً عن كلّ واحدٍ منهما نصفُه ، لأنّهما تساويا فى القضاء ، فتساويا فى وقوعه عنهما ، فأمّا إن أبرأه المرتهنُ من أحد الدينين ، واختلفا ، فالقولُ قولُ المرتهن ، على التفصيل الذى ذكرناه فى الراهن ، ذكره أبو بكر .

٣٣٤٧ (فصل) وإذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن ، لزم الرهنُ فى حقّهما ، ولم يضرّ إنـكارُه . لأنّ الحقّ لهما ، وإن قال أحدُهما : قبضه العدلُ ، فأنـكر الآخرُ فالقول قولُ المُنـكر ، كما

لو اختلفا فى قبض المرتهن له ، ولو شهد العدلُ بالقبض لم تُقبل شَهادَتهُ لأنها شهادةُ الوكيل لموكّله .

٣٣٤٨ (فصل) إذا كان فى يد رجل عبدٌ . فقال : رهنتنى عبدَك هذا بألف . فقال : بل غَصَبتَه ، أو استعرتَه . فالقولُ قولُ السيِّد ، سواء اعترف بالدين ، أو جَحَدَهُ لأنّ الأصلَ عدمُ الرهن ، وإن قال السيِّد : بعتُك عبدى هذا بألف . فقال : بل رهنتَه عندى بها ، فالقولُ قولُ كلّ واحدٍ منهما فى العقد الذى يُنكره ، ويأخذُ السيِّد عبدَه ، وهكذا لو قال : رهنتُكه بألف أقرضْتَنيه . فقال : بَلْ بعتنيه بألف قبضته منّى ثمناً ، فكذلك ، ويردُّ صاحبُ العبد الألفَ ، ويأخذُ عبدَه .

٣٣٤٩ (فصل) وإذا ادَّعى على رجلين ، فقال : رهنتُمانى عبدكما بَدَيْنى عليكما ، فأنكراه . فالقولُ قولُهما ، إن شهد كلٌّ واحدٍ منهما على صاحبه ، قُبلتْ شهادتهُ ، إذا كان عدلاً ، وللمرتهن أن يَحلفَ مع كلِّ واحدٍ منهما ، ويصيرَ جميعُه رهناً ، أو يَحلفَ مع أحدهما ، ويصيرَ نصيبُ الآخر رهناً ، وإن أقرَّ أحدُهما ثبت فى حقّه وحدَه ، وإن شهد المقرّ على المُنكِر ، قبلتْ شهادتهُ إن كان عَدْلاً . لأنّه لا يجلبُ لنفسه نفعاً ، ولا يدفعُ عنها ضرراً . وبهذا قال أصحابُ الشافعىّ ، وقال بعضُهم : إذا أنكرا جميعاً ، ففى شهادتهما نظرٌ ، لأن المشهود له يدّعى أنّ كلّ واحدٍ منهما ظالمٌ له بجحُودِهِ حقّه من الرهن ، فإذا طعن المشهودُ له فى شهوده ، لم تُقبل شهادتُهم له ، قلنا لا يصحّ هذا ، فإنّ إنكار الدعوى لا يثبت به فِسْقُ المدَّعىَ عليه ، وإن كان الحقُّ عليه ، لجواز أن يَنْسى ، أو تلحقَه شُبْهَةٌ فيما يدَّعيه ، أو ينكره ، وكذلك لو تداعى رجلان شيئاً ، وتخاصما فيه ، ثم شهدا عند الحاكم بشىء ، لم تُرَدَّ شهادتهما ، وإن كان أحدهما كاذباً فى مخالفته لصاحبه ، ولو ثبت الفسقُ بذلك لم يجُز قبولُ شهادتهما جميعاً ، مع تحقّق الجرْح فى أحدهما .

٣٣٥٠ (فصل) وإذا رهن عيناً عند رجلين ، فنصفُها رهنٌ عند كلّ واحدٍ منهما بَدينه ، ومتىَ وفَّ أحدَهما خرجت حصّتُه من الرهن ، لأنّ عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدَين ، فكأنّه رهنَ كلَّ واحد منهما النصفَ مُفرداً ، فإن أراد مُقاسَمةَ المرتهن ، وأخْذَ نصيبِ مَنْ وَفّاه ، وكان الرهنُ ممّا لا تَنْقُصُه القِسْمَةُ كالمكيل ، والموزونِ لزم ذلك ، وإن كان مما تنقصُه القسمةُ لم تجب قسمتُه ، لأنّ على المرتهن ضرراً فى قسمته ، ويُقَرُّ فى يد المرتهن ، نصفهُ رهنٌ ، ونصفُه وَدِيعَةٌ ، وإن رهن اثنان عبدهما عند رجل ، فوفّاه أحدُهما ، انفكّ الرهنُ فى نَصيبه . وقد قال أحمد فى رواية مهنا ، فى رجلين رهنَا داراً لهما عند رجل على ألف ، فقضاه أحدُهما ، ولم يقضِ الآخرُ : فالدارُ رهنٌ على ما بَقِي ، وقال أبو الخطّاب فى رجل رهن عبده عند رجلين فوفّى أحدهما : فجميعُه رهنٌ عند الآخرِ حتّى يُوفيه ، وهذا من كلام أحمد ، وأبى الخطّاب ، محمولٌ على أنّه ليس للراهن مُقاسمةُ المرتهن ، لما عليه من الضرر ، لا بمعنى أنّ العيَن كلّها تكونُ رهناً ، إذ لا يجوز أن يُقال : إنّه رهنَ نصفَ العبد عند رجل ، فصار جميعه رَهْناً ، ولو رهن

اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف ، فهذه أربعةُ عقود ، ويصيرُ كلّ رُبع من العبد رهناً بمائتين وخمسين ، فمتى قضاها ؟مَنْ هي عليه ، انفكّ من الرهن ذلك القدرُ ، قاله القاضى ، وهو الصحيحُ .

٣٣٥١ (فصل) ولو ادّعى رجلان على رجل : أنه رهنهما عبده ، وقال : كلٌّ واحدٍ منهما رهنه عندى دون صاحبى ، فأنكرهما جميعاً . فالقولُ قولُه مع يمينه ، وإن أنكر أحدهما ، وصدّق الآخر ، سُلِّم إلى من صدّقه ، وحلف الآخرُ ، وإن قال : لا أعلم عَيْنَ المرتهنِ منهما ، حلف على ذلك ، فالقولُ قولُ مَنْ هو فى يده منهما ، مع يمينه . وإن كان فى أيديهما ، حلف كلٌّ واحدٍ منهما على نصفه ، وصار رهناً عنه ، وإن كان فى يد غيرهما ، أُقرع بينهما ، فمن قَرَعَ صاحبَه ، حلَفَ ، وأخذه ، كما لو ادّعيا مِلْكَهُ ، ولو قال : رهنتُه عند أحَدهما ، ثم رهنتُه للآخر ، ولا أعلمُ السابقَ منهما ، فكذلك ، وإن قال : هذا هو السابق بالعقد ، والقبض ، سُلِّم إليه ، وحَلَفَ للآخِر ، وإن نَكَل ، والعبدُ فى يد الأوّل ، أو يدِ غيره ، فعليه قيمتُه للثانى ، كما لو قال : هذا العبدُ لزيد ، وغصَبْتُهُ من عمرو ، فإنه يُسَلَّمُ إلى زيدٍ ، وَيَغْرَمُ قِيمتَه لعمرو ، وإن نَكَلَ ، والعبدُ فى يد الثانى ، أُقِرَّ فى يده ، وغَرِمَ قيمتَه للأوّل ، لأنه أقرّ له بعدَ ما فعلَ ما حال بينه ، وبين مَنْ أقرّ له ، فَلَزِمتْهُ قيمتُه ، كما قُلنا ، وقال القاضى : إذا اعترف به لغير مَنْ هو فى يده ، فهل يرجع صاحبُ اليد ، أو المقَرُّ له ؟ على وجهين . ولو اعترف لأحدهما ، وهو فى يديهما ، ثبتَتْ يدُ المقَرّ له ، وفى النصف الآخرَ وجهان .

٣٣٥٢ (فصل) إذا أذن المرتهنُ الراهن فى بيع الرهن بعد حلول الحقّ جاز ، وتعلّق حقّهُ بثمنه ، وإن أذن له قبل حلوله مُطلقاً ، فباعه ، بطل الرهنُ ، ولم يكن عليه عِوَضُه . لأنه أذن له فيما ينافى حقّه ، فأشبه ما لو أذن فى عِتْقِهِ ، والمالك أخذُ ثمنه ، وبه قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يكونُ الثمنُ رهناً ، لأنّ الراهنَ باع الرهنَ بإذن المرتهن ، فوجب أن يثبُت حقّه فيه ، كما لو حلّ الدينُ . قال الطحاوىّ حقّ المرتهن مُتعلِّق بعين الرهن ، والثمنُ بدلُه ، فوجب أن يتعلّق به ، كما لو أتلفه مُتْلِفٌ . ولنا : أنه تصرّف يُبطِلُ حقّ المرتهن من عين الرهن ، لا يملكه المرتهن ، فإذا أذن فيه أسقط حقّه كالعتق ، ويُخالف ما بعد الحلول ؛ لأن المرتهن يَستحقّ البيعَ ، ويُخالف الإتلافَ . لأنه غيرُ مأذونٍ فيه من جهة المرتهن ، فإن قال : إنما أردتُ بإطلاق الإذن: أن يكونَ ثمنُه رَهْناً لم يُلتفتْ إلى دعواه . لأنّ إطلاق الإذن يقتضى بيعاً بفسخ الرهن ، وبهذا قال الشافعىّ ، وإن أذن فيه بشرط أن يجعل ثمنه مكانَه رهناً ، أو يُعَجّل له دينَه من ثمنه جاز ، ولزم ذلك ، وإن اختلفا فى الإذن ، فالقولُ قولُ المرتهن ، لأنه مُنكِر ، وإن أذن فى البيع ، واختلفا فى شَرْطِ جَعْلِ ثمنه رَهْناً ، أو تعجيل دينه منه . فالقولُ قولُ الراهن ، لأنّ الأصلَ عدمُ الشرط ، ويحتملُ أن يكون القولُ قولَ المرتهن ، لأن الأصل بقاء الوثيقة ، وإن أذن الراهنُ فى البيع ،

ثم رجع قبل البيع ، فباعه المرتهن بعد العلم بالرجوع ، لم يصحّ بيعُه ، وإن باعه بعد الرجوع ، وقبْلَ العلم ، احتملَ وجهين ، بناءً على عزل الوكيل قبل علمِه ، فإن اختلفا فى الرجوع قبل البيع ، فقال القاضى : القولُ قولُ المرتهن أيضاً ، لأنّ الأصلَ عدمُ الرجوع ، وعدمُ البيعِ قبل الرجوع ، فتعارضَ الأصلانِ ، وبقيت العينُ رهناً ، على ما كانت ، وبهذا كلِّه قال الشافعىّ ، وهذا فيما لا يُحتاج إلى بيعه ، فأمّا ما دعت الحاجةُ إلى بيعه ، كالذى خِيفَ تلَفُه ، إذا أذن فى بيعه مُطلقا ، تعلّق الحقُّ بثمنه ، لأنّ بيعَهُ مُستَحَقّ ، فأشبه ما بِيعَ بعد حلول الدّين .

٣٣٥٣ (فصل) إذا حلّ الحقّ لزم الراهنَ الإيفاء ، لأنَّه دينٌ حالٌّ ، فلزم إيفاؤه ، كالذى لا رهن به ، فإن لم يُوَفّ ، وكان قد أذِن للمرتهن ، أو للعدل ، فى بيع الرهن ، باعَه ، ووفّى الحقّ من ثمنه ، وما فضل من ثمنه فلمالكه ، وإن فضل من الدين شىء ، فعلى الراهن . وإن لم يكن أذن لهما فى بيعه ، أو كان قد أذن لهما ، ثم عزلهما ، طولب بالوفاء ، وبَيْعِ الرهْنِ ، فإن فعل ، وإلاّ فعل الحاكمُ ما يرَى من حبسه ، وتعزيرِه ، ليَبِيْعه ، أو يَبِيعُه بنفْسِه ، أو أمينه ، وبهذا قال الشافعىُّ ، وقال أبو حنيفة : لا يبيعُه الحاكمُ ، لأنّ ولايَةَ الحاكم على مَنْ عليه الحقّ ، لا على مالِه ، فلم ينفُذ بيعُه بغير إذنه . ولنا : أنه حقّ تعيّن عليه ، فإذا امتنع من أدائه ، قام الحاكم مَقامه فى أدائه ، كالإيفاء من جنس الدين ، وإن وَفّى الدينَ من غير الرهن ، انفكّ الرهنُ .

٣٣٥٤ « مسألة » قال ﴿ والمرتهن أحقّ بثمن الرهن من جميع الغرماء ، حتى يَستوفىَ حقّه ، حيّا كان الراهنُ ، أو ميّتاً ﴾ .

وجملته : أنه إذا ضاق مالُ الراهن عن ديونه ، وطالب الغرماء بديونهم ، أو حُجِرَ عليه لفَلَسه ، وأريد قسمةُ ماله بين غُرمائه ، فأولُ مَنْ يقدَّم مَنْ له أرشُ جِنَايةٍ يتعلّقُ برقبة بعض عَبيدِ المُفلس ، لما ذكرنا من قبلُ ، ثمّ مَنْ له رهنٌ ، فإنه يُخصّ بثمنه عن سائر الغُرماء . لأنّ حقّه متعلّق بعين الرهن ، وذِمّةِ الراهن معاً ، وسائرُهم يتعلّق حقّه بالذمّة دون العين ، فكان حقّه أقوى ، وهذا من أكثر فوائد الرهن ، وهو تقديمُهُ بحقِّه عند فرض مُزاحمةِ الغُرماء ، ولا نعلمُ فى هذا خلافاً ، وهو مذهب الشافعىّ ، وأصحابِ الرأى ، وغيرهم ، فيُباع الرهنُ ، فإن كان ثمنُه وَفْقَ حقّه ، أخذَه ، وإن كان فيه فضلٌ عن دينه رُدّ الباقى على الغُرماء ، وإن فضلَ من دينه شىء أَخذ ثمنُه ، وضَرَبَ مَع الغُرَماءِ بِبَقيَّةِ دَيْنِهِ ، ثمّ مِنْ بعد ذلك ، مَنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِه ، فهو أحقُّ بها ، ثم يُقسّم الباقى بين الغرماء ، على قدر ديونهم ، ولو كان فيهم من دينُه ثابتٌ بجنايةِ المُفلس ، لم يقدّم ، وكان أُسوةَ الغُرماء . لأنّ أرشَ جنايته يتعلّق بذمّته ، دون ماله ، فهو كبقية الديون ، بخلاف أرش جِنَايةِ العَبْد ، فإنّها تتعلّق برقبةِ العبد ، فلذلك كان أحقّ به ، ممّن تعلّق

حقّه بمجرّد الذمّة ، ولا فرق فى استحقاق ثمن الرهن ، والاختصاص به ، بين كون الراهن حيًّا ، أو ميّتًا. لأن تقديم حقّه من حيثُ كان حقُّهُ متعلقًا بعين المال ، وهذا المعنى لا يختلفُ بالحياة والموت ، فكذلك ما ثبت به ، كأرش الجناية .

٣٣٥٥ (فصل) ولو باع شيئاً ، أو باعه وكيلُه ، وقبض الثمن ، أو باع العدلُ الرهنَ ، وقبض الثمنَ ، فتلِف ، وتعذّر ردّهُ ، وخرجت السلعةُ مستَحَقَّةً ، ساوى المشترى الغُرَماء . لأنّ حقّه لم يتعلّق بعين المال ، فهو بمنزلة أرش جنايةِ المُفلس ، وذكر القاضى احتمالاً آخرَ : أنّه يُقدّم على الغُرماء . لأنه لم يرضَ بمجرّد الذمّة ، فكان أولى ، كالمرتهن ، ولأنّه لو لم يقدّم على الغُرماء لامتنع الناسُ عن شراء مالِ المُفلِس ، خوفًا من ضَياعِ أموالهم ، فتقلّ الرغباتُ فيه ، ويقلُّ ثمنُه ، فكان تقديمُ المشترى بذلك على الغُرماء أنفعَ لهم ، وهذا وجهٌ لأصحاب الشافعىّ .

ولنا : أنّ هذا حقّ لم يتعلّق بعين المال ، فلم يُقدّم ، كالذى جنى عليه المُفلِسُ ، وفارق المرتهنَ . فإنّ حقّه تعلق بالعين ، وما ذكروه من المعنى الأول منتقِض بأرشِ جناية المُفلس . والثانى : مصلحةٌ لا أصلَ لها ، فلا يثبُت الحكمُ بها . فأمّا إن كان الثمنُ موجوداً يمكنُ ردّه ، وينفردُ به صاحبُه . لأنّه عينُ ماله ، لم يتعلّق به حقّ أحدٍ من الناس ، وكذلك صاحبُ السِّلعة المستحقّة ، يأخذُها ، ومتى باع العدلُ مالَ المُفلس ، أو باع الرهنَ ، وخرجت السلعةُ مستَحَقة ، فالعُهدةُ على المُفلس ، فلا شىء على العَدْلِ . لأنه أمينٌ .

٣٣٥٦ (فصل) ومن استأجر داراً ، أو بَعيراً بعينه ، أو شيئاً غيرَهما بعينه ، ثم أفلس المؤجِّر ، فالمستأجِرُ أحقُّ بالعين التى استأجرها من الغُرماء ، حتّى يستوفىَ حقّه . لأن حقّه متعلّق بعين المال ، والمنفعةُ مملوكة له ، فى هذه المدّة ، فكان أحقّ بها ، كما لو اشترى منه شيئاً . فإن هلك البعيرُ ، أو انهدمت الدارُ قبل انقضاء المدّة ، انفسخت الإجارةُ ، ويَضْرِبُ مع الغُرماء ببقيّة الأجْرةِ . وإن استأجر جملاً فى الذمّة ، أو غيره ، ثم أفلس المؤجّر ، فالمستأجِرُ أسوةُ الغرماء ، لأنّ حقّه لم يتعلّق بالعين . وهذا مذهبُ الشافعىّ ، ولا نعلم فيه خلافاً . فإن آجر داراً ، ثم أفلس ، فاتفق الغرماءُ ، والمفلسُ على البيع قبل انقضاء مدّة الإجارة ، فلهم ذلك ، ويبيعونَها مُستأجرَةً . وإن اختلفوا قدّم قولُ من طلب البيعَ فى الحال . لأنّه أحوَطُ من التأخير ، فإذا استوفَى المستأجِرُ يُسَلّم المشترِى . وإن اتّفقوا على تأخير البيع حتى تنقضىَ مُدّة الإجارة ، فلهم ذلك . لأن الحقّ لهم ، لا يخرُج عنهم .

٣٣٥٧ (فصل) ولو باع سلعةً ، ثم أفلس قبلَ تقبيضها ، فالمشترى أحقُّ بها من الغُرماء ، سواء كانت من المكيل ، والموزون ، أو غيرهما . لأن المشترىَ قد ملكها ، وثبت ملكهُ فيها ، فكان أحقّ

بها ، كما لو قبضها ، ولا فرق بين ما قبل قبض الثمن ، وما بعده . وإن كان عليه سَلَمٌ ، فوجد المُسْلِمُ الثمنَ قائماً ، فهو أحقُّ به . لأنه وجد عين ماله ، وإن لم يجده ، فله أسوةُ الغرماء . لأنه لم يتعلَّق حقه بعين مال ، ولا ثبت ملكُهُ فيه ، ويَضرِبُ مع الغرماء بالمُسْلَم فيه الذى يَسْتَحِقه ، دون الثمن ، فيعزلُ له قدر حَقِّه . فإن كان فى المال جنسُ حقه ، أخذ منه بقدر مايستَحِقه . وإن لم يكن فيه جنسُ حَقّه عُزِلَ بقدر حقه ، فيشترى به المُسْلَمَ فيه ، فيأخذُه ، وليس له أن يأخذ المعزولَ بعينه ، لئلاَّ يكون بدلاً عمَّا فى الذمَّة من المُسْلَمِ فيه . ولا يجوزُ أخذُ البدل عن المُسْلَمِ فيه . وإن أمكن أن يُشترىَ بالمعزولِ أكثرُ مما قدِّر له ، لرخص المُسْلَمِ فيه اشتُرِىَ له بقدر حقِّه ، ورُدَّ الباقى على الغُرماء .

مثاله : رجل أفلس ، وله دينار ، وعليه لرجل دينار ، ولآخر قفيزُ حِنْطةٍ من سَلَمٍ ، قيمته دينار ، فإنه يُقَسم دينارُ المفلس نصفين ، لصاحب الدينار نصفُه ويُعْزَلُ نصفهُ للمُسْلِم . فإن رَخُصت الحِنْطةُ ، فصار قيمةُ القفيز نصفَ دينار ، تبيَّنَّا أنَّ حقه مثلُ نصف حقِّ صاحب الدينار ، فلا يستحقُّ من دينار المفلس إلا ثُلُثَه يُشْتَرى له به ثُلثاَ قفيزٍ ، فيُدفع إليه ، ويُرَدُّ سدُس الدينار على الغريم الآخرِ . فإن غلا المُسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارَيْن ، تبيَّنَّا أنه يستَحِقُّ مِثْلَىْ ما يستَحِقُّه صاحبُ الدينار ، فيكون له من دينار المفلس ثُلثاهُ ، فيُشْتَرى له بالنصف المعزولِ ، ويرجعُ على الغريم بسُدُسِ دينار ، يُشْتَرى له به أيضاً لأن المعزول ملكُ المُفلس ، وإنَّما للمُسْلِم قدرُ حَقه . فإن زاد ، فللمفلِس ، وإن نقص ، فعليه .

٣٣٥٨ (فصل) قال عبد الله بن أحمد . سألتُ أبى عن رجل عنده رهونٌ كثيرة ، لا يَعرفُ أصحابها ، ولا مَنْ رهن عنده . قال : إذا أَيِسْتَ من معرفتهم ، ومَعْرِفةِ وَرَثتِهم ، فأرَى أن تُباعَ ، ويَتَصَدَّق بثمنها ، فإن عَرفَ بعدُ أربابهاَ خيَّرهم بين الأجر ، أو يَغْرَم لهم . هذا الذى أذهبُ إليه . وقال أبو الحارث ، عن أحمدَ فى الرهن يكون عنده السنينَ الكثيرةَ ، يَأْيَسُ من صاحبه : يبيعُهُ ، ويتَصَدَّقُ بالفَضْل . فظاهرُ هذا أنه يَسْتَوفِى حَقَّه . ونقل أبو طالب : لا يستوفى حقَّه من ثمنه . ولكن إن جاء صاحبُها فطلبه ، أعطاه إيَّاه ، وطلب منه حقَّه . وأما إن رفع أمره إلى الحاكم ، فباعه ، ووفَّاه منه حقَّه ، جاز ذلك .

كتاب المفلس

المفلس : هو الذى لا مال له ، ولا ما يدفَعُ به حاجته ، ولهذا لما قال النبيُّ صلى الله عليه وسلّم لأصحابه « أتَدْرُونَ[(١)] مَنِ المُفْلِسُ ؟ » قالوا : يا رَسُولَ اللهِ ، المُفْلِسُ فِينَا مَنْ لاَ دِرْهَمَ لَهُ وَلاَ مَتَاعَ ، قال : « لَيْسَ ذَلِكَ المُفْلِسُ ، وَلَكِن المُفْلِسُ مَنْ يَأْتِي يَوْمَ القِيَامَةِ بِحَسَنَاتٍ أَمْثَالِ الجِبَالِ ، وَيَأْتِي وَقَدْ ظَلَمَ هَذَا ، وَلَطَمَ هَذَا ، وَأَخَذَ مِنْ عِرْضِ هَذَا ، فَيَأْخُذُ هَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، وَهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، فإِنْ بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ أُخِذَ مِنْ سَيِّئَاتِهِمْ فَرُدَّ عَلَيْهِ ، ثم صُكَّ لَهُ صَكٌّ إِلَى النَّارِ » أخرجه مسلم بمعناه ، فقولهم ذلك إخبارٌ عن حقيقة المفلس وقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ ذَلِكَ المُفْلِسَ » تجوّز ، لم يُرِد به نفى الحقيقة ، بل أراد أن فَلَس الآخرة أشدُّ ، وأعظمُ ، بحيثُ يصيرُ مفلسُ الدنيا بالنسبة إليه ، كالغنيّ ، ونحوُ هذا قولُه صلى الله عليه وسلم «لَيْسَ الشَّدِيدُ بالصُّرَعَةِ ، وَلَكِن الشَّدِيدُ الَّذِي يَغْلِبُ نَفْسَهُ عِنْدَ الغَضَبِ » وقوله « لَيْسَ السَّابِقُ مَنْ سَبَقَ بَعِيرُهُ . وإِنَّمَا السَّابِقُ مَنْ غُفِرَ لَهُ » وقولُه « لَيْسَ الْغِنَى عَنْ كَثْرَةِ الْعَرَضِ ، إنَّمَا الْغِنَى غِنَى النَّفْسِ » ومنه قولُ الشاعر :

لَيْسَ مَنْ مَاتَ فَاسْتَرَاحَ بِمَيْتٍ إِنَّمَا المَيْتُ مَيِّتُ الأَحْيَاءِ

وإنَّمَا سُمِّيَ هذا مُفلساً . لأنّه لا مال له إلا الفلوس ، وهى أدنىَ أنواع المال ، والمفلسُ فى عرف الفقهاء من دَيْنه أكثرُ من ماله ، وخرجُه أكثرُ من دَخْله ، وسمّوه مُفلساً ، وإن كان ذا مالٍ لأنّ ماله مُستَحَقٌّ الصرف فى جهة دَيْنِهِ ، فكأنّه معدُومٌ ، وقد دلّ عليه تفسيرُ النبيّ صلى الله عليه وسلم مُفلِسَ الآخِرَةِ فإنّه أخبرَ أنّ له حسنات أمثالَ الجبالِ ، لكنّها كانت دونَ ما عليه ، فقُسِمت بين الغُرماء ، وبقيَ لا شيء له ، ويجوزُ أن يكون سُمِّي بذلك ، لما يؤولُ إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه ويجوزُ أن يكون سُمِّى بذلك ، لأنه يُمنعُ من التصرف فى ماله ، إلا الشيء التافه ، الذى لا يعيشُ إلا به ، كالفلوس ، ونحوها .

٣٣٥٩ (فصل) ومتى لزم الإنسانَ ديونٌ حالّةٌ لا يفى مالُه بها ، فسأل غرماؤه الحاكمَ الحجْرَ عليه لزمَهُ إجابتُهُمْ ، ويُستَحبّ أن يُظْهرَ الحجْرَ عليه لتجتَنِبُ مُعامَلَتِهِ ، فإذا حَجَر عليه ثبت بذلك أربعةُ أحكام . أحدُهَا : تعلّق حقوق الغرماء بعَيْن مالهِ ، والثانى : منعُ تصرّفه فى عَيْن مالِه . والثالثُ : أنّ من وَجَدَ عَيْن مالِه عندَه ، فهو أحقُّ بها من سائر الغرماء إذا وُجدَتِ الشروط . الرابع : أنّ للحاكم بيعَ

(١) فى الطبعة الثالثة التى علقنا عليها (أتدعون) وهو خطأ لم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

ماله ، وإيفاء الغرماء ، والأصلُ فى هذا « مَا رَوَى كَعْبُ بنُ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَجَرَ عَلَى مُعاذِ بْنِ جَبَلٍ وَبَاعَ مَالَهُ » رواه الخلال بإسناده ، وعن عبد الرحمن بن كعب ، قال : كَانَ مُعاذُ ابنُ جَبَلٍ مِنْ أَفْضَلِ شَبَابِ قَوْمِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ يُمْسِكُ شَيْئاً ، فَلَمْ يَزَلْ يَدَّانُ حَتَّى أَغْرَقَ مَالَهُ فِي الدَّيْنِ ، فَكَلَّمَ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم غُرَمَاؤُه ، فَلَوْ تُرِكَ أَحَدٌ مِنْ أَجْلِ أَحَدٍ لتَرَكُوا مُعَاذاً مِنْ أَجْلِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَبَاعَ لَهُمْ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَالَهُ حَتَّى قَامَ مُعاذٌ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، قال بعضُ أهل العلم : إنَّما لم يَتْرُكِ الغُرَماءُ لِمُعاذٍ حِينَ كَلَّمهمْ رَسُولُ اللهِ صَلَّى الله عليه وسلم لأَنَّهُمْ كَانُوا يَهُوداً .

٣٣٦٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا فلَّس الحاكمُ رجُلاً ، فأصاب أحدُ الغرماء عَيْن مالِه ، فهو أحقُّ به ، إلاّ أن يَشاء تركَهَ ، ويكونُ أسوةَ الغُرماء ﴾

وجملته : أن المفلس متى حُجِرَ عليه ، فوجَد بعضُ غرمائه سِلْعَتَه التى باعه إيّاها بعينها ، بالشروط التى يذكرها ، ملَكَ فَسْخَ البَيْعِ ، وأَخذ سِلْعَتَهُ ، وروُى ذلك عن عُثمانَ ، وعليّ ، وأبى هريرة ، وبه قال عُروةُ ، ومالك ، والأوزاعىُّ ، والشافعىُّ والعنبرىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقال الحسنُ والنَخَعِىّ ، وابن شُبْرُمَة ، وأبو حنيفة ، هو أسوةُ الغُرماءِ ، لأنّ البائع كان له حقُّ الإمساك ، لقَبْضِ الثمن ، فلمَّا سلَّمه ، أسقط حَقَّه من الإمساك ، فلم يكن له أن يرجع فى ذلك بالإفلاس ، كالمرتهِن إذا سَلّمَ الرهنَ إلى الراهن ، ولأنَّه ساوى الغُرماء فى سبب الاستحقاق ، فيساويهم فى الاستحقاق ، كسائرهم .

ولنا : ماروى أبو هريرة . أنّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُو أَحَقُّ بِهِ » متفق عليه ، قال أحمد : لو أنّ حاكما حكم أنّه أسوةُ الغرماء ، ثم رفع إلى رجل يرى العملَ بالحديث ، جازَ له نَقْضُ حُكمه ، ولأنّ هذا العقدَ يلحقُه الفسخُ بالإقالة ، فجاز فيه الفسخُ لتعذّر العِوَضِ ، كالمُسْلَمِ فيه ، إذا تعذّر ، ولأنّه إذا شرط فى البيعِ رهْناً فعجز عن تسليمه ، استحقَّ الفسخَ ، وهو وثيقةٌ بالثمن ، فالعجزُ عن تسليم الثمن بنفسه أولى ، ويُفارق المبيعُ الرهنَ فإن إمساكَ الرهن إمساكٌ مجرّد ، على سبيل الوثيقةِ ، وليس ببَدَلٍ ، والثمنُ ههنا بَدَلٌ عن العين ، فإذا تعذّر استيفاؤه ، رجع إلى المُبدلِ ، وقولُهم : تساوَوْا فى سبب الاستحقاق ، قلنا : لكن اختلفوا فى الشرط ، فإنّ بقاء العين شرطٌ لملك الفَسْخِ ، وهى موجودة فى حقّ مَنْ وَجَدَ مَتَاعَه ، دون من لم يجدْهُ . إذا ثبت هذا : فإنّ البائع بالخيار ، إن شاء رجع فى السلعة ، وإن شاء لم يرجع ، وكان أُسوةَ الغرماء ، وسواء كانت السلعةُ مساويةً لثمنها ؛ أو أقلّ ، أو أكثرَ ، لأنّ الإعسار سَبَّبَ جواز الفسخ ، فلا يوجبه ، كالعيب ، والخيار ،

ولا يفتقر الفسخُ إلى حُكم حاكم ، لأنه فسخٌ ثبتَ بالنصِّ ، فلم يفتقر إلى حكم حاكم ، كفسخ النِّكاح لعِتْقِ الأَمَةِ .

٣٣٦١ (فصل) وهل خيارُ الرجوع على الفور ، أو على التراخى ؟ على وجهين : بناءً على خيار الردِّ بالعيب ، وفى ذلك روايتان :

إحداهما : هو على التراخى . لأنه حقُّ رجوعٍ يَسْقُط إلى عِوَضٍ ، فكان على التراخى ، كالرجوع فى الهبة .

والثانى : هو على الفور . لأنه خيارٌ يثبُت فى البيع ، لنقصٍ فى العِوَضِ ، فكان على الفور ، كالردِّ بالعيب . ولأنَّ جواز تأخيره يُفضى إلى الضرر بالغرماء ، لإفضائه إلى تأخير حُقوقهم ، فأشبه خيارَ الأخذِ بالشُّفْعةِ ، ونصَرَ القاضى هذا الوجه ، ولأصحاب الشافعىِّ وجهان كهذين .

٣٣٦٢ (فصل) فإن بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليتركها ، لم يلزمه قبوله ، نصَّ عليه أحمدُ ، وبه قال الشافعىُّ ، وقال مالك : ليس له الرجوعُ ، لأنَّ الرجوعَ إنما يجوزُ لدفع ما يلحقُه من النقص فى الثمن ، فاذا بُذِلَ له بكماله ، لم يكن له الرجوعُ ، كما لو زال العيبُ من المَعِيب ، ولنا الخبرُ الذى رويناه ، ولأنه تبرّع بدفع الحقِّ من غير مَنْ هوَ عليه ، فلم يُجْبَرْ صاحبُ الحقّ على قبضه ، كما لو أعسر الزوجُ بالنفقة ، فبذلها غيرُه ، أو عَجزَ المكاتبُ ، فبذلَ غيرُه ماعليه لسيّده ، وبهذا ينتقض ماذكروه ، وسواء بذلوه من أموالهم ، أو خَصُّوه بثمنه من التركة ، وفى هذا القسم ضررٌ آخر . لأنّه لا يأمنُ تَجدّد ثُبوت دين آخرَ ، فيرجعُ عليه ، وإن دفعُوا إلى المفلس الثمن ، فبذله للبائع ، لم يكن له الفسخُ ، لأنَّه زال العجزُ عن تسليم الثمن ، فزال مِلْكُ الفسخ ، كما لو أسقط سائرُ الغرماءِ حُقوقَهُم عنه ، فملك أداء الثمن ، ولو أسقط الغرماء حُقوقهم عنه ، فتمكَّن من الأداء ، أو وُهِب له مالٌ ، فأمكنه الأداء منه ، أو غَلَتْ أعيانُ مَالِه ، فصارت قيمتُها وَافيةً بحقوق الغرماء ، بحيثُ يمكنه أداء الثمن كلّه ، لم يكن للبائع الفسخُ ، لزوال سببه ، ولأنّه أمكنه الوصولُ إلى ثمن سلعته من المشترى ، فلم يكن له الفسخُ ، كما لو لم يُفلس .

٣٣٦٣ (فصل) فإن اشترى المفلسُ من إنسان سلعةً بعد ثبوت الحجر عليه فى ذمّته ، لم يكن له الفسخُ ، لتعذّر الاستيفاء ، سواء علم ، أو لم يعلم . ولأنّه لا يستَحِقّ المطالبةَ بثمنها ، فلا يستَحِقّ الفسخَ ، لتعذُّره ، كما لو كان ثمنُها مؤجَّلاً ، ولأنّ العالِم بالعَيْب[1] دخل على بَصِيرةٍ بخراب الذّمّة ، فأشبه من اشترى مَعِيباً يَعلمُ عَيْبَهُ ، وفيه وجهٌ آخرُ : أن له الخيارَ لعمُوم الخبر . ولأنّه عقد عليه وقت الفسخ ، فلم يسقُط حقّه من الفسخ ، كما لو تزوّجت امرأةٌ فقيراً مُعسِراً بنفقتها ، وفيه وجهٌ ثالث : إن باعه عالماً بفَلَسه ، فلا فَسْخَ له . وإن لم يعلم ، فله الفسخُ ، كمشترى المَعِيب ، ويُفارق المُعسرَ بالنفقة ، لكَوْنِ النفقة بتجدُّد

(١) هكذا بالأصل ، والصواب (لأن العالم بالفلس) .

وجوبها كلّ يوم ، فالرضى بالمعسر بها رضًى بعيْبٍ مالم يجب ، بخلاف مسألتنا وإنّما يشبه هذا إذا تزوّجته مُعْسراً بالصّداق ، وسلّمت نفسها إليه ، ثمّ أرادت الفسخَ .

٣٣٦٤ (فصل) ومن استأجر أرضاً ليزرعها ، فأفلس قبل مضيّ شيء من المدّة ، فللمؤجِّر فسخُ الإجارة . لأنّه وجد عين ماله ، وإن كان بعد انقضاء المدّة ، فهو غريمٌ بالأجرة ، وإن كان بعد مضيّ بعضها ، لم يملك الفسخَ في قياس قولنا في المَبيع إذا تلف بعضُه ، فإنّ المدّة ههنا كالمَبيع ، ومُضيُّ بعضها كتلف بعضه ، لـكن يُعتبر مضيُّ مدّة لمثلها أجرةٌ ، لأنه لا يمكن التحرُّزُ عن مُضيّ جزء منها بحال ، وقال القاضي في موضع آخرَ : من اكترى أرضاً فزرعها ، ثمّ أفلس ، ففسخ صاحبُ الأرض ، فعليه تبْقِيَةُ زرْع المُفْلِسِ إلى حين الحَصادِ بأجْرِ مثله ، لأنَّ المعقودَ عليه المنفعةُ ، فإذا فسخَ العقد فسخَه فيما ملك عليه بالعقد ، وقد تعذّر ردُّها عليه ، فكان عليه عِوَضُها ، كما لو فسخ البيعَ بعد أن أتلفَ المَبيع ، فله قيمتُه ، ويضْرِبُ بذلك مع الغرماء ، كذا ههنا ، ويَضْرِبُ مع الغرماء بأجْرِ المِثْل ، دون المُسَمَّى ، وهذا مذهبُ الشافعيِّ ، وهذا لا يقتضيه مذهبُنا ، ولا يَشْهَدُ لصحّته الخبرُ ، ولا يصحّ في النظر . أما الخبرُ : فلأنَّ النبيَّ صلّى الله عليه وسلم إنّما قال : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » وهذا ما أدرك متاعه بعينه ، ولا هو أحقُّ به ، بالإجماع ، فإنّهم وافقوا على وجوب تبقيتها ، وعند الرجوع في عينها ، ولأنّ معنى قوله « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ » أي على وجهٍ يمكنه أخذُه ، لا يتعلّق حقّه بعينه ، وليس هذا كذلك ، وأما النظر ، فلأنّ البائعَ إنّما كان أحقَّ بعين ماله لتعلّق حقّه بالعين ، وإمكان ردّ ماله إليه بعينه ، فيَرْجِعُ على من تعلّق حقُّهُ بمجرّد الذمّة ، وهذا لم يتعلق حقّه بالعين ، ولا أمكن ردّها إليه . وإنما صار فائدةَ الرجوع الضّرْبَ بالقيمة . دون المُسَمَّى . وليس هذا هو المقتضى في محلّ النصِّ . ولا هو في معناه . فإثبات الحكم به تحكُّم بغير دليلٍ . ولو اكترى رَجُلاً يحمِلُ له مَتاعاً إلى بلد . ثمّ أفلسَ المُكْتَرِي قبل حَمْل شيْء . فللمُكْتَرِي الفسخُ . وإن حمل البعضَ . أو بعضَ المسافةِ فقياسُ المذهب ليس له الفسخُ . وقياسُ قول القاضي . له ذلك . فإذا فسخَ سقَط عنه حَمْلُ ما بَقِيَ . وضَرَب مع الغُرماء بقِسْط ما حَمَلَ من الأجْرِ المُسَمَّى . وعلى قياس قول القاضي : ينفسخُ العقدُ في الجميع . ويضربُ بقِسْطِ ما حَملَ من أجْرِ المِثْلِ لما ذكرنا من قوله في المسألة التي حَكَيْنا قولَه فيها .

٣٣٦٥ (فصل) فإن أقرض رجلاً مالاً ، ثمّ أفلس المقترضُ ، وعيْنُ المال قائمٌ ، فله الرجوعُ فيها ، لقوله عليه السلام « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ولأنه غريمٌ وجدَ عَيْن ماله ، فكان له أخذُها ، كالبائع ، وإن أصدَقَ امرأةً له عيْناً ، ثمّ انفسخَ نكاحُها بسببٍ من جهتها

يُسْقِطُ صَدَاقها . أو طَلَّقَهَا قبلَ دخوله بها ، فاستَحقّ الرجوعَ فى نِصفِه . وقد أفلستْ ، ووجد عينَ مالِه، فهو أَحَقُّ بها ، لما ذكرنا .

٣٣٦٦ « مسألة » قال ﴿ فإن كانت السلعةُ قد تَلِف بعضُها ، أو مزيدةً بما لاَ تنفصِلُ زيادتُها ، أو نَقَد بعضُ ثمنها ، كان البائعُ فيها كأُسْوَةِ الغُرماء ﴾ .

وجملة ذلك أن البائع إنما يستَحِقّ الرجوعَ فى السلعة بخَمْس شرائط .

(أحدها) أن تكون السلعةُ باقيةً بعينها ، لم يتْلَف بعضُها ، فإن تلف جزءٌ منها ، كبعض أطراف العبد ، أو ذهبت عينُه ، أو تلف بعضُ الثوب ، أو انهدم بعضُ الدار ، أو اشترى شجراً مثمراً لم تظهر ثمرتُه ، فتلفت الثمرةُ ، أو نحوُ هذا ، لم يكن للبائع الرجوعُ ، وكان أسوةَ الغرماء ، وبهذا قال إسحاق ، وقال مالك ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ ، والعنبريّ : له الرجوع فى الباقى ، ويَضْرِبُ مع الغرماء بحِصَّةِ التالف . لأنّها عينٌ يَمْلِكُ الرجوعَ فى جميعها ، فملك الرجوعَ فى بعضها ، كالذى له الخيارُ ، وكالأب فيما وَهَب لولده ، ولنا قولُ النبيّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » فشرَطَ أن يجدَه بعَيْنِه ، ولم يَجِدْهُ بعَيْنِهِ ، ولأنَّه إذا أدركه بعينه حَصَل له بالرجوع فصلُ الخصومة ، وانقطاعُ ما بينهما من المعاملة ، بخلاف ما إذا وجد بعضَه ، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن،أو يأخذَه بقسطه من الثمن ، لأنّه فات شرطُ الرجوع،وإن كان المبيعُ عينين ، كعبدين ، أو ثوبين، تلف أحدُهما ، أو بعضُ أحدهما ، ففى جواز الرجوع فى الباقى منهما روايتان :

(إحداهما) لا يرجع ، نقلها أبو طالب عن أحمد ، قال : لا يرجعُ ببَقيَّة العين ، ويكون أسْوَةَ الغرماء ، لأنّه لم يجد المَبِيعَ بعينه ، فأشبه ما لو كان عيناً واحدةً ، ولأنّ بعضَ المبيع تالفٌ ، فلم يملك الرجوعَ ، كما لو قُطِعتْ يدُ العبدِ ، ونقل الحسنُ بن ثَوابٍ ، عن أحمد : إن كان ثوباً ، واحداً ، فتَلَفَ بعضُه ، فهو أسوةُ الغرماء ، وإن كان رُزَماً ، فتلَفَ بعضُها ، فإنّه يأخذُ بقيمتها ، إذا كان بعينه . لأنّ السالمَ من المَبِيع وَجدَه البائعُ بعَيْنِه ، فيدخُل فى عموم قوله صلّى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ولأنّه مبيعٌ وحده بعَيْنِه ، فكان للبائع الرجوعُ فيه ؛ كما لو كان جميعَ المَبِيع .

٣٣٦٧ (فصل) وإن باع بعضَ المبيع ، أو وهبه ، أو وقفه ، فهو بمنزلة تلفه ، لأنّ البائع ما أدرك ماله بعينه .

٣٣٦٨ (فصل) وإن نقصت مالية المبيع لذهاب صفةٍ ، مع بقاء عينه ، كعبد هُزِلَ ، أو نَسِى صناعة أو كِتابةً . أو كَبِرَ . أو مرضَ . أو تغيّرَ عَقْله ، أو كان ثوباً فخَلِقَ . لم يمنع الرجوعَ . لأنّ فقدَ

الصفة لا يُخرجه عن كونه عين ماله . لكنّه يتخيَّر بين أخذه ناقصاً بجميع حقّه ، وبين أن يَضرِبَ مع الغرماء بكمالِ ثمنِه . لأنّ الثمنَ لا يَتقسَّطُ على صفة السلعة ، من سِمَنٍ ، أو هُزَالٍ ، أو عِلْمٍ ، أو نحوه ، فيصيرُ كنقصه لتغيّر الأسعار ، ولو كان المبيعُ أمةً ثيّباً . فوطئها المشترى ، ولم تحمل . فله الرجوع فيها ، لما ذكرنا . فإنها لم تنقص فى ذاتٍ ، ولا فى صفاتٍ ، وإن كانت بكراً . فقال القاضى : له الرجوعُ ، لأنّه فقد صفةً . فإنّه لم يذهب منها جزءٌ . وإنّما هو كالجِرَاح . وقال أبو بكر : ليس له الرجوعُ ، لأنه أذهب منها جزءاً ، فأشبه ما لو فقأ عينها ؛ وإن وُجِدَ الوطءُ من غير المفلس؛ فهو كوطء المُفلِس، فيما ذكرنا .

٣٣٦٩ (فصل) وإن جُرِحَ العبدُ أو شُجَّ ، فعلى قول أبى بكر : لا يرجعُ . لأنّه ذهب جزء ينقُص به الثمن . فأشبه ما لو فُقِئَتْ عينُ العبد . لأنّه ذهب من العين جزءٌ له بَدَلٌ ، فمَنَع الرجوعَ . كما لو قُطِعت يدُ العبد . ولأنّه لو نقص صفةً مُجَرَّدَةً ، لم يكن للبائع مع الرجوع فيها شيءٌ سِواه ، كما ذكرنا فى هُزَالِ العبدِ وَنِسْيَانِ الصَّنْعَةِ ، وها هنا بخلافه ، ولأنّ الرجوع فى المَحَلّ المنصوص عليه يَقطَع النزاع ، ويُزِيلُ المعاملةَ بينهما ، فلا يَثبُت فى مَحَلٍّ لا يحصُل به هذا المقصود . وقال القاضى : قياسُ المذهب أنّ له الرجوعَ ، لأنّه فقد صِفَةً ، فأشبه نِسْيانَ الصَّنْعةِ ، واسْتِخْلاقَ الثَّوبِ ، فإذا رجَع نظرنا فى الجُرْحِ ، فإن كان مِمّا لا أَرْشَ له ، كالحاصل بفعل الله تعالى ، أو فعل بَهِيمَةٍ ، أو جِنَايةِ المُفلس ، أو جِنَايةِ عَبْده ، أو جنايةِ العبدِ على نَفْسه . فليس له مع الرجوع أرشٌ ، وإن كان الجُرْح مُوجِباً لأَرْشٍ ، كجنايةِ الأجنبىّ ، فللبائع إذا رجع أن يَضرِبَ مع الغرماء بحصّةِ ما نقص من الثمن ، فَيَنْظُرُ كم نقص من قيمته ، فيرجعُ بقِسْط ذلك من الثمن . لأنّه مضمونٌ على المشترى للبائع بالثمن ، فإن قيل : فهلاً جعلتم له الأرشَ الذى وجَبَ على الأجنبىّ ، لأنّه لو لم يجب به أرشٌ لم يرجع بشىء ، فلا يجوز أن يرجع بأكثرَ من الأرش ؟ قلنا : لمّا أتلفه الأجنبىّ صار مضموناً بإتلافه للمُفلِسِ ، فكان الأرشُ له ، وهو مضمونٌ على المُفلس للبائع بالثمن ، فلا يجوز أن يضمنه بالأرش ، وإذا لم يُتلفه أجنبىّ ، فلم يكن مضموناً ، فلم يجب بفواته شىء ، فإن قيل . فهلاً كان هذا الأرشُ للمشترى ، كَكَسْبِهِ ، لا يضمنهُ للبائع ؟ قلنا : الكسبُ بدلُ منافعه ، ومنافعهُ مملوكةٌ للمشترى بغير عِوَضٍ ، وهذا بَدَلُ جُزْءٍ من العين ، والعينُ جميعُها مضمونةٌ بالعِوَضِ ، فلهذا ضَمِنَ ذلك المشترى .

٣٣٧٠ (فصل) فإن اشترى زَيْتاً فخلطه بزيتٍ آخرَ ، أو قمحاً فخلطه بما لا يُمكن تمييزهُ منه ، سقط حقّ الرجوع ، وقال مالك : يأخُذ زَيْتَه . وقال الشافعىّ : إن خلطه بِمِثْلِهِ أو دونه ، لم يَسْقُط الرجوعُ ، وله أن يأخذ متاعه بالكيل ، أو الوزن . وإن خلطه بأجْوَدَ منه ، ففيه قولان :

أحدهما : يسقط حقه من العين ، قال الشافعي : وبه أقولُ : واحتجُّوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحُكم ، فكان له الرجوعُ ، كما لو كانت مُنفردَةً . ولأنه ليس فيه أكثرُ من اختلاط ماله بغيره، فلم يمنع الرجوعَ كما لو اشترى ثوباً فصبغه ، أو سويقاً فلتَّهُ[1].

وَلنا : أنه لم يجد عينَ ماله ، فلم يكن له الرجوعُ ، كما لو تلفت ، ولأنّ ما يأخذه من غير عينِ مالهِ . إنما يأخذُه عِوَضاً عنْ ماله . فلم يختصّ به دون الغرماء ، كما لو تلف مالُه ، وقولُ النبيّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ » أى مَنْ قَدَرَ عليه ، وتمكَّن منْ أخذه منَ الْمُفلس ، بدليل ما لو وجَده بعد زوال مِلْك الْمُفلس ، أو كانت مَساميرَ قد سمَّر بها باباً . أو حجرًا قد بُنِيَ عليه . أو خشباً فى سَقْفه . أو أمةً استولدها . وهذا إذا أخذ كَيله . أو قيمته . إنَّما يأخذُ عِوَضَ ماله . فهو كالثمن . والقيمة . وفارق المصبوغَ ، فإنّ عينه يُمكنُه أخذُها ، والسَّويقُ كذلك . فاختلفا .

٣٣٧١ (فصل) وإن اشترى حِنْطةً . فطحنها ، أو زَرَعها ، أو دقيقاً فخَبَزه ، أو زَيتاً فعمله صَابُوناً ، أو ثوباً فقطَّعه قميصاً ، أو غزلاً فنسجه ثوباً ، أو خَشَباً فنَجَره أبواباً ، أو شريطاً فعمله إبراً ، أو شيئاً فعمل به ما أزال اسمَه ، سقطَ حقّ الرجوع ، وقال الشافعيّ : فيه قولان :

أحدهما : به أقول يأخذُ عينَ ماله ، ويُعطى قيمةَ عمل المُفلس فيها ، لأنّ عين ماله موجودةٌ ، وإنما تغيرَ اسمُها ، فأشبه ما لو كان الْمَبيع[2] حَمَلاً ، فصار كبشاً ، أو وَدِيًّا[3] فصار نَخْلاً .

ولنا : أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوعُ ، كما لو تلف ، ولأنه غيَّر اسمه وصفته ، فلم يملك الرجوع ، كما لو كان نوىً ، فنبت شجراً . والأصلُ الذى قاسُوا عليه ممنوعٌ ، وإن سُلِّم ، فإنّه لم يتغيَّر اسمُه ، بخلاف مسألتنا .

٣٣٧٢ (فصل) وإن كان حَبًّا ، فصار زَرْعاً ، أو زَرْعاً فصارَ حبًّا ، أو نَوًى فنبَتَ شجَراً ، أو بَيْضاً فصار فِرَاخاً . سقط حقُّ الرُّجوع . وقال القاضى : لا يَسْقُطُ . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعيّ المنصوص عليه منهما . لأنّ الزرعَ نفسُ الحبّ والفرخَ نفسُ البيضةِ .

ولنا : أنه لم يجد عينَ ماله ، فلم يرجع ، كما لو أتلفه مُتْلِفٌ ، فأخذ قيمته . ولأنّ الحبّ أعيانٌ ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودةً عند البيع . وكذلك أعيانُ الزرع ، والفرخ . ولو استأجر أرضاً ، واشترى بَذْراً ، وماء ، فزرع ، وسقَى ، واستحصد ، وأفلس . فالمؤجِّر ، وبائعُ البَذر ، والماء ، غُرماء لا حَقّ لهم

(١) لته : عجنه بالسمن أو بالماء .

(٢) الحمل : الخروف الصغير ، والكبش الخروف الكبير .

(٣) الودى : بفتح الواو وكسر الدال وتشديد الياء صغار النخل التى تشتل فتغرس .

فى الرجوع . لأنهم لم يجدوا أعيان أموالهم . وعلى قول من قال : له الرجوعُ فى الزرع ، يكون عليه غرامةُ الأجرةِ ، وثمنُ الماء ، أو قيمةُ ذلك .

٣٣٧٣ (فصل) وإن اشترى ثوباً فصبغه ، أو سَويقاً فلتّه بزَيْتٍ . فقال أصحابنا : لبائع الثوب ، والسَّويق الرجوعُ فى أعيان أموالهما . وهو مذهبُ الشافعىّ . لأنّ عين مالهما قائمةٌ مشاهدةٌ ، ما تغيّر اسمُها ، ويكونُ المُفلسُ شريكاً لصاحب الثوب ، والسويق بما زاد عن قيمتها ، فإن حصل زيادةٌ ، فهى له . وإن حصل نقصٌ فعليه . وإن نقصت قيمةُ الثوب ، أو السَّويق . فإن شاء البائعُ أخَذَهما ناقصين ، ولا شى له ، وإن شاء تركهما ، وله أُسْوَةُ الغرماء . لأنّ هذا نقصُ صفةٍ ، فهو كالهُزَالِ . ويحتمل أن لا يكون له الرجوعُ إذا زادت القيمةُ . لأنّه اتّصل بالمبيع زيادةٌ للمُفلِس ، فمنعَتِ الرجوعَ ، كما لو سَمِنَ العبدُ . ولأنّ الرجوع ههنا لا يتخلّصُ به البائعُ من المُفلِس ، ولا يحُصل به المقصودُ من قطع المُنَازَعة ، وإزالة المُعامَلة . بل يحصلُ به ضررُ الشركة ، فلم يكن فى معنى المنصوص عليه ، فلا يُمكن إلحاقهُ به .

٣٣٧٤ (فصل) وإن اشترى صِبغاً فصبَغَ به ثوباً ، أو زَيْتاً فلَتَّ به سَويقاً ، فبائعهُما أُسْوَةُ الغُرماء ، وقال أصحاب الشافعىّ : له الرجوعُ . لأنّه وجدَ عَيْن ماله ، قالوا: ولو اشترى ثوباً وصِبغاً، وصبغ الثوبَ بالصِّبْغ ، رجع بائعُ كلِّ شىء فى عين ماله . وكان بائعُ الصِّبغ شريكاً لبائع الثوب ، وإن حصل نقصٌ ، فهو من صاحب الصِّبغ . لأنّه الذى يتفرّق ، وينقصُ ، فإذا كانت قيمة الثوب عَشْرةً ، وقيمةُ الصِّبغ خمسةً ، فصارت قيمتُهما اثنا عشر . كان لصاحب الثوب خمسةُ أسْداسِه ، وللآخرِ سُدُسُه ، ويَضْرِبُ مع الغرماء بما نقص ، وذلك ثلاثةُ دراهم ، وذكر القاضى مثلَ هذا فى موضع .

ولنا : أنه لم يجد عين ماله ، فلم يكن له الرجوعُ ، كما لو تلف . ولأن المشترىَ شغلَه بغيره ، على وجه البيع ، فلم يملك بائعهُ الرجوعَ فيه ، كما لو كان حَجَراً بنى عليه ، أو مساميرَ سمرَ بها باباً ، وصِبغاً من واحدٍ ، فصبَغه به ، فقال أصحابنا : لا فرق بين ذلك وبين كون الصِّبْغ من غير بائع الثوب . فعلى قولهم يرجعُ فى الثوب وحده ، ويكونُ المُفلسُ شريكاً له بزيادة الصّبغ ، ويَضْرِبُ مع الغُرماء بثمن الصِّبْغ . ويحتمل أن يرجع فيهما ههنا . لأنّه وجد عين ماله مُتَميّزاً عن غيره ، فكان له الرجوع فيه ، للخبر ، ولأن المعنى فى المحلّ الذى يثبُت فيه الرجوعُ موجودٌ ههنا . فيملك الرجوعَ به ، كما يملكُهُ ثَمّ ، ولو أنّه اشترى رُفوفاً ، ومسَاميرَ من رجل واحدٍ ، فسمرّها بها ، رجع بائعهُما فيهما كذلك ، وكذلك ما أشبهه .

٣٣٧٥ (فصل) إذا اشترى ثوباً فقصره[1] لم يخلُ من حالين :

---

(١) قصره : صبغه ، والمصدر : القصاره بكسر القاف ، والصابغ قصار ، بتشديد الصاد .

أحدهما : أن لا تزيد قيمته بذلك : فللبائع الرجوعُ فيه . لأنّ عين ماله قائمةٌ لم يَزُل اسمها ، ولم يتلَفْ بعضُها ، ولا اتصلت بغيرها ، فكان له الرجوع فيها ، كما لو عَلَّم العبدَ صِنَاعَةً لم تزد قيمته بها ، وسواء نقصت قيمتُه بذلك ، أو لم تنقُص . لأنّ ذلك النقصَ نقصُ صِفَةٍ . فلا يمنعُ ، كنسيان صناعةٍ ، وهزال العبد ، ولا شيء له مع الرجوع .

الثاني : أن تزيد قيمتهُ بذلك ، فليس للبائع الرجوعُ ، على قياس قول الخِرَقيّ ، لأنّ الثوب زاد زيادةً لا تتميّز ، فلم يملك البائعُ الرجوعَ فيه ، كما لو سمن العبدُ . ولأنه لم يجد عينَ ماله مُتَمَيِّزَةً عن غيرها ، فلم يملك الرجوع ، كبائع الصِّبْغ إذا صُبِغ به ، والزيت إذا لتّ به سَوِيقٌ ، وقال القاضى وأصحابه : له الرجوع فيها ، لأنه أدرك متاعه بعينه . ولأنه وجد عين ماله لم يتغيّر اسمُها ، ولا ذهبت عينُها ، فملك الرجوعَ فيها ، كما لو صبغها ، فعلى قولهم : إن كانت القِصَارةُ بعَمل المُفلس ، أو بأجُرَةٍ وفَّاها ، فهما شريكان فى الثوب . فإذا كانت قيمةُ الثوب خمسةً ، فصار يساوى سِتّةً ، فللمفلس سُدُسُه ، ولبائعه خمسةُ أسداسه ، فإن اختار البائعُ دفع قيمةِ الزيادة إلى المفلس ، لزمهُ قبولُها ، لأنه يتخلّص بذلك من ضرر الشركة ، من غير مَضَرّةٍ تلحقهُ فأشبه ما لو دفع الشفيعُ قيمةَ البناء إلى المشترى ، وإن لم يختَر بيْعَ الثوب • وأخذ كلُّ واحد منهما بقدر حقّه ، وإن كان العملُ من صانع لم يستَوفِ أجرَه ، فله حبسُ الثوب على استيفاء أجره . فإن كانت الزيادة بقدر الأجر : دُفِعَتْ إليه . وإن كانت أقلّ ، فله حبسُ الثوب على استيفاء قدر الزيادة ، ويَضْرِبُ مع الغرماء بما بقى ، وإن كانت أكثرَ . مثلُ أن تكون الزيادةُ دِرهمين ، والأجرُ درهما فله قدرُ أجره ، وما فضل للغرماء .

٣٣٧٦ (فصل) الشرط الثانى : أن يكون المبيعُ زاد زيادةً متّصلةً ، كالسِّمن ، والكِبَرَ ، وتعلّم الصناعة ، أو الكتابة ، أو القرآن ، ونحو ذلك ، واختلف المذهبُ فى هذا ، فذهب الخِرَقيّ إلى أنّها تمنعُ الرجوع ، وروى الميمونىّ عن أحمد : أنها لا تمنعُ ، وهو مذهبُ مالك ، والشافعىّ ، إلاّ أن مالكاً يخيّر الغُرماء بين أن يُعطُوه السلعةَ ، أو ثمنهاَ الذى باعها به ، احتجّوا بالخبر ، وبأنّه فسخٌ لا تمنعُ منه الزيادة المنفصلة ، فلا تمنعهُ المتّصلة ، كالردّ بالعيب ، وفارق الطلاقَ ، فإنّه ليس بفسخ ، ولأن الزوج يمكنه الرجوعُ فى قيمة العين ، فَيصِلُ إلى حقّه تامًّا ، وههنا لا يمكنُه الرجوعُ فى الثمن .

ولنا : أنه فسخٌ بسبب حادث ، فلم يملك به الرجوعَ فى عين المال الزائدة زيادةً متّصلة ، كفسخ النكاح بالأعسار ، أو الرّضاع ، ولأنّها زيادة فى مِلْك المُفلس ، فلم يستحقّ البائعُ أخذَها ، كالمنفصلة ، وكالحاصلة بفعله ولأنّ النماء لم يصل إليه من البائع ، فلم يستحقّ أخذَه منه ، كغيره من أمواله ، وفارق الردَّ بالعيب ، لوجهين:

أحدهما : أن الفسخ فيه من المشترى ، فهو راضٍ باسقاط حقّه من الزيادة وتركها للبائع ، بخلاف مسألتنا والثانى : أن الفسخ ثَمّ لمعنى قارن العقد ، وهو العيبُ القديمُ ، والفسخُ ههنا لسببٍ حادثٍ فهو أشبهُ بفسخ النكاح الذى لا يستحِقّ به استرجاعَ العين الزائدة ، وقولهم : إن الزوجَ إنّما لم يرجع فى العين لكونه يندفعُ عنه الضررُ بالقيمة — لا يصحّ ، فإن اندفاع الضرر عنه بطريقٍ آخرَ لا يمنعهُ من أخذ حقّه من العين ، ولو كان مُستَحِقّاً للزيادة لم يسقُط حقّه منها بالقدرَة على أخذ القيمة ، كمشترى المَعيب . ثم كان ينبغى أن يأخذ قيمة العين زائدةً ، لكون الزيادة مُستَحَقّة ، فلمّا لم يكن كذلك ، عُلِم أنّ المانعَ من الرجوع كونُ الزيادة للمرأة ، وأنه لا يمكنُ فصلُها ، فكذلك ههنا ، بل أولى ، فإنّ الزيادة يتعلّق بها حقّ المُفلس ، والغرماء ، فمَنعُ المشترى من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يَصِلوا إلى تمام دُيونهم ، والمُفلسِ المحتاج إلى تبرئة ذمّته عند اشتداد حاجته .

٣٣٧٧ (فصل) وأما الخبرُ فمحمولٌ على مَنْ وجد متاعه على صفته ، ليس بزائد ، ولم يتعلّق به حقّ آخر ، وههنا قد تعلّقت به حقوقُ الغرماء ، لما فيه من الزيادة . لما ذكرنا من الدليل ، يُحَقِّقهُ أنه إذا كان تلفُ بعض المبيع مانعاً من الرجوع من غير ضرر يَلْحَقُ بالمُفلس ، ولا بالغرماء ، فلأَنْ يمنع الزيادةَ فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم ، أولى ، ولأنه إذا رجع فى الناقص ، فما رجع إلاّ فيما باعه ، وخرج منه ، وإذا رجع فى الزائد أخذ مالم يَبِعْه ، واسترجع مالم يخرُج عنه ، فكان بالمنع أحقّ .

٣٣٧٨ (فصل) فأما الزيادةُ المنفصلة ، كالولد ، والثمرة ، والكَسْب ، فلا تمنعُ الرجوعَ بغير خلاف بين أصحابنا ، وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وسواء نقص بها المَبِيع ، أو لم ينقُص ، إذا كان نقصَ صفَة ، والزيادةُ للمُفلس ، هذا ظاهر كلام الخِرَقِي ، لأنه منع الرجوع بالزيادة ، لكونها للمُفلس ، فالمنفصلة أولى ، وهذا قول ابن حامد ، والقاضى ، ومذهبُ الشافعىّ ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، وقال أبو بكر : الزيادةُ للبائع ، وهو مذهبُ مالك ، ونقل حنبل ، عن أحمد ، فى ولد الجارية ، ونِتَاج الدابّة : هُو للبائع لأنّها زيادة ، فكانت للبائع ، كالمتّصلة .

ولنا : أنّها زيادة انفصلت فى مِلك المشترى ، فكانت له ، كما لوردّه بعيب ، ولأنه فسخٌ استَحَقّ به استرجاعَ العين ، فلم يستَحِقّ أخذَ الزيادة المُنفصلة ، كفسخ البيع بالعيب ، أو الخيار ، أو الإقالة ، وفسخِ النكاح بسببٍ من أسباب الفسخ ، وقولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ » يدلّ على أنّ النماء والغَلّة للمُشترى ، لكون الضّمانِ عليه ، وأما الزيادة المتّصلة فقد دَلّلنا على أنّها للمُفلس أيضاً ، وفى ذلك تنبيهٌ على كون المنفصلة له ، ثُمّ لو سلمنا ثَمّ فالفرقُ ظاهر ، فإنّ المتصلةَ تتبع فى الفُسوخ ، والردّ بالعيب ، بخلاف المنفصلة ، ولا ينبغى أن يقع فى هذا اختلاف ، لظهوره ، وكلامُ أحمد فى رواية حنبل

يُحمل على أنّه باعها فى حالِ حملهما ، فيكونان مبيعَيْن ، ولهذا خَصّ هذين بالذكر دون بقيّة النّماء .

٣٣٧٩ (فصل) ولو اشترى أمةً حاملاً ، ثم أفلس وهى حامل ، فله الرجوعُ فيها ، إلاّ أن يكون الحملُ قد زاد بكِبَرِه ، وكثُرت قيمتُها من أجله ، فيكونُ من قَبِيل الزائد زيادةً متّصلة ، على ما مضى ، وإن أفلس بعد وضعها . فقال القاضى : له الرجوعُ فيهما بكلّ حالٍ من غير تفصيل ، والصحيحُ : أننا إن قلنا : إنّ الحملَ لا حُكم له ، فالولدُ زيادةٌ منفصلة ، فعلى قول أبى بكر لا يمنعُ الرجوع فيهما ، وعلى قول غيره ، يكونُ الولدُ للمُفلس ، فيحتمل أن يمنع الرجوع فى الأمّ ، لئلاّ يُفضىَ إلى التفريق بين الأمّ وولدها ، ويحتملُ أن يرجع فى الأمّ ، ويدفعَ قيمةَ الولد ، ليكونا جميعاً ، وإن لم يفعل بيعتِ الأمّ ، وولدُها جميعاً ، وقُسّم الثمنُ على قدر قيمتها ، فما خَصّ الأمّ فهو للبائع ، وما خصّ الولد كان للمُفلِس ، وإن قلنا إن للولد حُكماً ، وهو الصحيح ، لما ذكرناه فيما تقدم ، فإن كانت الأمُّ والولدُ قد زادا بالوضع ، فحكمُهما حكمُ المَبيعِ الزائد زيادةً متّصلة ، وإن لم يزيدا ، جاز الرجوعُ فيهما ، وإن زاد أحدُهما دون الآخر ، خرج على الروايتين ، فيما إذا كان المَبيعُ عَيْنَيْن ، فتَلِف بعضُ أحدهما ، فهل يمنع ذلك الرجوع فى الأخرى ، كذلك؟ يخرج ههناوجهان .

أحدهما : أنّه له الرجوع فيما لم يزد ، دون ما زاد ، فيكون حُكمه كحُكم الرجوع فى الأمّ دون الولد ، على ما فصّلناه .

الثانى : ليس له الرجوع فى شىء منهما ، لأنّه لم يجد المبيعَ إلا زائداً ، فامتنع عليه الرجوعُ ، كالعين الواحدة ، وإن كان المبيعُ حيواناً غيرَ الأمة ، فحكمُه حكمُها ، إلاّ فى أنّ التفريق بينها وبين ولدها جائزٌ ، والأمَةُ بخلاف ذلك .

٣٣٨٠ (فصل) وإن اشترى حائلاً ، فحملت ، ثم أفلس . وهى حاملٌ فزادت قيمتُها به ، فهى زيادة متّصلة ، تمنع الرجوع ، على قول الخِرَقىّ ، ولا تمنعُه على رواية المَيْمُونىّ ، وإن أفلس بعد وضعها ، فهى زيادةٌ منفصلة ، فتكونُ للمُفلس على الصحيح ، ويمتنع الرجوع فى الأمّ ، دون ولدها ، لما فيه من التفريق بينهما ، وهذا أحدُ قولى الشافعىّ ، ويحتمل أن يرجع فى الأمّ على ماذكرنا فى التى قبلها ، وعلى قول أبى بكر ، الزيادة للبائع ، فيكون له الرجوعُ فيهما ، وقال القاضى : إذ وجدها حاملاً انبنى على أن الحملَ : هل له حكم أولا ؟ فإن قلنا : لا حكم له ، جرى مجرى الزيادة المتّصلة . وإن قلنا : له حكم ، فالولدُ فى حكم المنفصل ، يتربصُ به حتى تَضَع ، ويكونُ الحكم فيه كما لو وجده بعد وضعه ، وإن كان الحملُ فى غير الآدميّة ، جاز التفريقُ بينهما ، كما تقدّم .

٣٣٨١ (فصل) إذا كان المبيع نخلاً ، أو شجراً ، فأفلس المشترى ، لم يخلُ من أربعة أحوال :

أحدها : أن يُفلس وهى بحالها لم تزد ، ولم تُثمر ، ولم يتلف بعضُها ، فله الرجوعُ فيها .

الثانى : أن يكون فيها ثمرٌ ظاهر ، أو طَلْعٌ مَؤبَّر ، ويشترطه المشترى ، فيأكله ، أو يتصرّف فيه ، أو يذهبُ بجائحةٍ ، ثم يُفلس ، فهذا فى حكم مالو اشترى عينين ، فتلفت إحداهما ، ثم أفلس ، فهل للبائع الرجوع فى الأصول ، ويَضْرِبُ مع الغرماء بِحِصّة التالف من الثمر ؟ على روايتين . وإن تلف بعضُها ، فهو كتلف جميعِها . وإن زادت ، أو بدا صلاحُها ، فهذه زيادةٌ متّصلة فى إحدى العينين ، وقد ذكرنا بيانَ حكمها .

الحال الثالث : أن يبيعه نخلاً قد أَطْلَعتْ ، ولم تُؤَبّر ، أو شجراً فيها ثمرةٌ لم تظهر ، فهذه الثمرةُ تدخُل فى البيع المُطلق ، فإن أفلس بعد تلف الثمرة ، أو تَلَفِ بعضها ، أو الزيادة فيها ، أو بُدُوّ صلاح ، فحكم ذلك حكم تَلَف بعضِ المَبيعِ ، وزيادَتِه المتّصلة ، لأنّ البيع كان بمنزلة العين الواحدة ، ولهذا دخل الثمرُ فى مُطلق البيع ، بخلاف التى قبلها .

الحال الرابع : باعه نخلا حائلاً ، فأطلعتْ ، أو شجراً ، فأثمر ، فذلك على أربعة أضرب :

أحدها : أن يُفلس قبل تأبيرها ، فالطلع زيادة متّصلة تمنعُ الرجوع ، على قول الخِرَقِيّ كالسِّمن ، والكِبَرَ ، ويحتملُ أن يرجع فى النخل دون الطلع ، لأنه يُمكن فصلُهُ ، ويصحّ إفراده بالبيع ، فهو كالمُؤبَّر ، بخلاف السِّمن ، والكِبَرَ ، وهذا قولُ ابن حامد ، وعلى رواية الميمونىّ ، لا يمنعُ ، بل يرجعُ ، ويكون الطلع للبائع ، كما لو فسخ بعيب ، وهو أحد قولى الشافعىّ ، والقول الثانى : يرجِعُ فى الأصل دون الطلع ، وكذلك عندهم الردّ بالعيب ، والأخذُ بالشفعة .

الضرب الثانى : أفلس بعد التأثير ، وظهور الثمرة ، فلا يُمنع الرجوعَ بغير خلاف ، والطلع للمشترى ، إلاّ على قول أبى بكر ، والصحيحُ الأول ، لأنّ الثمرة لاتَتْبَعُ فى البيع الذى ثبت بتراضيها ، ففى الفسخِ الحاصل بغير رِضَى المشترى أولى ، ولو باعه أرضاً فارغةً ، فزرعها المشترى : ثم أفلس ، فإنه يرجعُ فى الأرض دون الزرع ، وجهاً واحداً ، لأنّ ذلك من فِعْل المشترى .

الضرب الثالث : أفلس والطلعُ غيرُ مؤبّر ، فلم يرجع حتى أُبِّر ، لم يكن له الرجوع ، كما لو أفلس بعد تأبيرها ، لأنّ العينَ لا تنتقلُ إلا باختياره لها ، وهذا لم يخترها ، إلا بعد تأبيرها ، فإن ادّعى البائعُ الرجوعَ قبل التأبير ، وأنكره المُفلس ، فالقولُ قولُ المفلس مع يمينه . لأنّ الأصل بقاء مِلكه . وعدمُ زواله ، وإن قال له البائع : بعتُ بعد التأبير ، وقال المُفلس : بل قبله . فالقولُ قولُ البائع .

لهذه العلّة . فإن شهد الغرماء المفلس . لم تُسمَعْ شهادتهم . لأنهم يَجُرُّون إلى أنفسهم نفعاً . وإن شهدوا للبائع . وهم عدول . قُبِلت شهادتهم . لعدم التُّهمَة .

الضرب الرابع : أفلس بعد أخذ الثمرة ، أو ذهبت بجائحة ، أو غيرها ، رجع البائعُ في الأصل ، والثمرةُ للمشترى ، إلاَّ على قول أبي بكر ، وكلّ موضع لايَتْبَعُ الثمرُ الشجرَ إذا رجع البائعُ فيه ، فليس له مُطالبة المُفلس بقَطْع الثمرة قبل أوان الجِزَازِ ، وكذلك إذا رجع في الأرض . وفيها زرع المُفلس . فليس له المطالبةُ بأخذه قبلَ أوان الحصاد . لأنَّ المشترى زرع في أرضه بحقّ . وطلعُه على الشجر بحقّ . فلم يلزمْهُ أخذهُ كما لو باع الأصلَ وعليه الثمرة . أو الزرعُ وليس على صاحب الزرع أجرٌ . لأنه زرع في أرضه زرعاً تجبُ تبقيتُه ، فكأنه استوفى منفعةَ الأرض ، فلم يكن عليه ضمانُ ذلك .

إذا ثبت هذا فإن اتفق المُفلس ، والغُرماء على التبقية . أو القطع ، فلهم ذلك ، وإن اختلفوا ، فطلَب بعضُهم قطعَه ، وبعضُهم تبقيتَه ، نظرنا : فإن كان ممَّا لا قيمة له مَقْطُوعاً ، أو قيمتُه يسيرةٌ ، لم يقطع ، لأنَّ قطعه سَفَهٌ ، وتضييعُ المال ، وقد نهى النبيُّ صلى الله عليه وسلم عن إضاعته ، وإن كانت قيمتُه كثيرةً ففيه وجهان :

أحدهما : يقدّم قولُ مَنْ طلب القطع ، لأنه أحْوَطُ ، فإن في تبقيته غَرَراً ، ولأن طالب القطع إن كان المُفلسَ فهو يقصدُ تبرئةَ ذمَّته ، وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيلَ حقوقهم ، وذلك حقٌّ لهم ، وهذا قول القاضى : وأكثر أصحاب الشافعيّ .

والثانى : يُنظر إلى ما فيه الحظُّ فيُعمل به ، لأن ذلك أنفعُ لجميعهم ، والظاهرُ سلامته ، ولهذا يجوز أن يزرع المُولَّى عليه ، وفيه وجهٌ آخرُ أنّه إن كان الطالبُ للقطع الغُرماء ، وجبتْ إجابتُهم ، لأنّ حقوقهم حالةٌ ، فلا يلزمُهم تأخيرها مع إمكان إيفائها ، وإن كان الطالبُ له المفلسَ دونهم ، وكان التأخيرُ أحَظَّ له ، لم يُقطع ، لأنهم رَضُوا بتأخير حقوقهم . لحظّ يحصُل لهم وللمُفلس ، والمفلس يطلب ما فيه ضررٌ بنفسه ، ومنعٌ للغرماء من استيفاء القدر الذى يحصُل من الزيادة بالتأخير ، فلا يلزم الغرماء إجابتُه إلى ذلك .

٣٣٨٢ (فصل) إذا أقرّ الغرماء بأنَّ الزرع ، أو الطلع للبائع ، ولم يَشْهَدُوا به ، أو شهدُوا به ، ولم يكونوا عُدولاً ، أو لم يُحكم بشهادتهم ، حلف المُفلس ، وثبت الطلعُ له ، ينفرد به دونهم ، لأنهم يُقرُّون أنَّهم لا حقّ لهم فيه ، فإن أراد دفعَه إلى أحدهم ، وتخصيصَه بثمنه ، فله ذلك ، لإقرار باقيهم بعدم حقّهم فيه ، فإن امتنع ذلك الغريمُ من قبوله ، أُجْبِرَ على قبوله ، أو الإبراء من قدره من دينه ، فيُقال له : إمّا أن تقبضه ، وإمّا أن تُبرىء من قدر ذلك من دينك ، وهذا مذهبُ الشافعيّ ؛ لأنّه محكومٌ به للمُفلس ، فكان له أن يقضى دينَه ، كما لو أدّى المكاتَبُ إلى سيّده نجومَ كتابته ، فقال سيّده : هذا حرام ، وأنكر

المُكاتب ، وإن أراد قسمتَه على الغرماء ، لزمهم قبولُه ، أو الإبراء لذلك ، فإن قبضوا الثمرة بعينها ، لزمهم رَدّ ما حصل لهم إلى البائع ، لأنَّهم يُقرُّون له بها ، فلزمهم دفعها إليه ، كما لو أقرُّوا بعتق عبد فى مِلك غيرهم ، اشترَوْه منه . وإن باع الثَّمرةَ ، وفرّق ثمنها فيهم ، أو دفعه إلى بعضهم ، لم يلزمهم رَدّ ما أخذوا من ثمنها ، لأنّهم إنّما اعترفوا بالعين ، لا بثمنها ، وإن شهد بعضُ الغرماء دون بعض ، أو أقرّ بعضُهم دون بعض ، لزم الشاهدَ أو المقرَّ الحكم الذى ذكرناه ، دون غيره ، وإن عرض عليهم المفْلس الثمرةَ بعينها ، فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك ، لأنّه إنما يلزمُهم الاستيفاء من جنس ديونهم ، إلاّ أن يكون فيهم مَنْ له جنسٌ من الثمر ، أو الزرع ، كالمُقرِض ، أو المُسْلِم ، فيلزمُه أخذُ ما عُرِض عليه ، إذا كان بصفةِ حَقّه ، ولو أقرّ الغرماء بأنّ المُفلس أعتقَ عبداً له قبلَ فلَسه ، فأنكر ذلك ، لم يُقبل قولُهم ، إلاَّ أن يَشْهَد منهم عَدْلاَن . ويكون حكمُهم فى قبض العبد ، أو أخذ ثمنه إن عرضه عليهم ، حُكمَ ما لو أقرُّوا بالثمن للبائع ، وكذلك إن أقرُّوا بعينٍ مّما فى يديه ، أنَّها غَصْبٌ ، أو عاريَةٌ ، أو نحوُ ذلك ، فالحكمُ كما ذكرنا سواء وإن أقرُّوا بأنه أعتق عبده بعد فلَسه ، انبنى ذلك على صحّة عتق المُفلس ، فإن قلنا : لا يصحّ عتقُه ، فلا أثر لإقراره ، وإن قلنا بصحّته ، فهو كإقرارهم بعتقه قبل فلَسه ، وإن حكم الحاكمُ بصحّته . أو بفساده . نَفَذَ حكمُه على كلّ حال لأنه فصلٌ مجتهَدٌ فيه . فيلزم ما حكم به الحاكمُ ولا يجوز نقضُه . ولا تغييرُه .

٣٣٨٣ (فصل) وإن صدَّق المفلسُ البائعَ فى الرجوع قبل التأبير ، وكذَّبه الغرماء ، لم يُقبل إقرارُه لأنّ حقوقهم تعلَّقت بالثمرة ظاهراً ، فلم يُقبل إقراره ؛ كما لو أقرّ بالنخيل . وعلى الغرماء اليمينُ أنَّهم لا يعلمون أنّ البائع رجع قبلَ التأبير ، ولأنّ هذه اليمين لا ينوبون فيها عن المُفلس ، بل هى ثابتة فى حقِّهم ابتداءً ، بخلاف ما لو ادّعى حقًّا ، وأقام شاهداً ، فلم يحلف ، لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ، لأنّ اليمين ثَمّ على المُفلس ، فلو حلفوا ، حلفوا ليثبتُوا حقًّا لغيرهم ، ولا يحلفُ الإنسانُ ليُثْبِتَ لغيره حَقًّا ؛ ولا يجوز أن يكون نائباً فيها ، لأنَّ الأَيمَان لا تدخلُها النِّيَابةُ ، وفى مسألتنا ، الأصلُ أن هذا الطلع قد تعلّقت حقُوقهم به ، لكونه فى يد غريمهم ومتّصل بنخله ، والبائعُ يدّعى ما يزيلُ حقوقهم عنه . فأشبه سائر أعيان مالِه ، ويحلفون على نفى العلم ، لأنه يمينٌ على نفى الدَّيْن عن الميِّت ، ولو أقرّ المُفلس بعينٍ من أعيان مالِه لأجنبى ، أو لبعض غُرمائه ، فأنكره الغرماءُ ، فالقولُ قولُهم ، وعليهم اليمينُ : أنّهم لا يعلمون ذلك. وكذلك لو أقرّ بغريمٍ آخر ، يستَحِقّ مُشاركتَهم ، فأنكروه . فعليهمُ اليمينُ أيضاً ، ويكون على نفى العلم لذلك ، وإن أقرّ أنّه أعتق عبده ، انبنى ذلك على صحّة عِتق المُفلس ، فإن قلنا : يصح عتقُه صحّ إقراره ، وعتق ، لأنّ من ملك شيئاً ملكَ الإقرار به ، ولأنّ الإقرارَ بالعتق يحصُل به العتقُ ، فكأنّه أعتقه فى الحال ، وإن قلنا : لا يصحّ عتقُه لم يُقبل إقرارُه، وكان على الغُرماء اليمينُ أنَّهم لا يعلمون ذلك،

وكلّ موضع قلنا : على الغرماء اليمينُ ، فهو على جميعهم،فإن حلفوا أخذُوا ، وإن نَكَلُوا قُضِي للمدّعِى بما ادّعاه ، إلا أن نقول بردّ اليمين ، فتُردّ على المدّعى ، فيحلف ، ويستَحِقّ . وإن حلف بعضُهم دون بعض ، أخذ الحالِفُ نَصيبَه . وحُكْمُ النا كِل ما ذكرناه .

٣٣٨٤ (فصل) وإن أقرّ المُفلس أنّه أعتق عبده منذُ شهر ، وكان العبدُ قد اكتسب بعد ذلك مالاً ، وأنكر الغُرماء . فإن قلنا لا يُقبل إقرارُه ، حلفوا ، واستَحقّوا العبدَ ، وكَسْبَهُ . وإن قلنا يُقبل إقراره لم يُقبل فى كَسْبِه ، وكان للغرماء أن يحلفوا : أنهم لا يعلمون أنّه أعتقه قبلَ الكسب ، ويأخذون كَسْبه . لأنّ إقراره إنّما قُبِل فى العتق دون غيره ، لصحّته منه ، ولبنائه على التغليب ، والسِّراية ، فلا يُقبلُ فى المال ، لعدم ذلك فيه . ولأننا ، نزلنا إقراره منزلةَ إعتاقه فى الحال ، فلا تَثبُت له الحرّية فيما مضى فيكون كسبُهُ محكوماً به لسيِّده ، كما لو أقرّ بعتقه ، ثم أقرّ له بعينٍ فى يده .

٣٣٨٥ (فصل) فإن كان المبيعُ أرضاً ، فبناها المشترى ، أو غَرسها ، ثم أفلس ، فأراد البائعُ الرجوعَ فى الأرض ، نظرْتَ . فإن اتفق المُفلس والغرماء على قَلْع الغِراس ، والبناء ، فلهم ذلك . لأنّ الحقّ لهم ، لا يخرُج عنهم . فإذا قلعوه ، فللبائع الرجوعُ فى أرضه ، لأنه وجد مَتاعَه بعينه . قال أصحابنا . ويستَحِق الرجوعَ قبل القلع ، وهو مذهبُ الشافعىّ . ويحتملُ أن لا يستَحِقَّه حتّى يُوجد القلعُ . لأنه قبل القلع لم يُدرك مَتاعَه إلاّ مشغولاً بملك المشترى . فأشبه مالو كانت مساميرَ فى باب المُشْترى فإن قلنا : له الرجوعُ قبل القلع ، فقلعوه ، لزمهم تسويةُ الأرض من الحَفر ، وأرْشُ نَقْصِ الأرض الحاصلِ به . لأن ذلك نقصٌ حَصلَ لتخليص مِلْك المُفلس فكان عليه ، كما لو دخل فصيلُه دار إنسان ، وكَبرَ ، فأراد صاحبهُ إخراجه ، فلم يمكن إلا بهَدْم بابها . فإن البابَ يُهدم ، ليخرُج ، ويضمنُ صاحبه مانقص ، بخلاف ما إذا وجد البائع عين ماله ناقصةً فرجع فيها . فانّه لا يرجعُ فى النقص ، لأنّ النقص كان فى مِلْك المُفلس ، وههنا حدث بعدَ رجوعه فى العين . فلهذا ضمنوه ، ويَضْربُ بالنقص مع الغُرماء ، وإن قلنا . ليس له الرجوع قبل القلع ، لم يلزمهم تسويةُ الحُفَر ، ولا أرشُ النقص . لأنّهم فعلوا ذلك فى أرض المُفلس قبل رجوع البائع فيها ، فلم يَضْمَنوُا النقص ، كما لو قلعه المُفلس قبل فَلَسه ، فأما إن امتنع المُفلس ، والغرماء ، من القلع ، فلهم ذلك ، ولا يُجبَرون عليه ، لأنّه غرسٌ . ومفهومُ قوله عليه السلام « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌ » أنّه إذا لم يكن ظالماً فله حَقٌ . فإن بذل البائعُ قيمة الغِراس ، والبناء ، ليكون له الكلُّ أو قال : أنا أقلع ، وأضمن مانقص ، فإن قلنا : له الرجوع قبل القلع ، فله ذلك . لأنّ البناء ، والغِراسَ حصل فى مِلكه لغيره بحَقّ ، فكان له أخذُه بقيمته ، أو قلعُه ، وضمانُ نقصه ، كالشفيع إذا أخذ الأرض وفيها غِرَاسٌ ، وبناء المشترى والمُعير إذا رجع فى أرضه بعْدَ غَرْسِ المُستعير . وإن قلنا : ليس له الرجوع

قبل القلع ، لم يكن له ذلك ؛ لأنّ بناء المُفلس وغرسه فى مِلْكه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ، ولا على قلعه ، كما لو لم يرجع فى الأرض . فأما إن امتنع البائعُ من بذل ذلك ، سقط حَقّ الرجوع . وهذا قولُ ابن حامد ، وأحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىّ . وقال القاضى : يحتملُ أنّ له الرجوع ، وهو القول الثانى للشافعىّ . لأنّه أدرك متاعه بعينه ، وفيه مالُ المشترى على وجهِ التَّبَع ، فلم يمنعه ذلك الرجوع ، كالثوب إذا صبغه المشترى .

ولنا : أنّه لم يُدرِك متاعه على وجه يُمكنهُ أخذُه منفرداً عن غيره ، فلم يكن له أخذُه ، كالحِجَر فى البناء ، والمسامير فى الباب . ولأنّ فى ذلك ضرراً على المشترى ، والغرماء ، ولا يُزال الضررُ بالضررِ . ولأنّه لا يحصل بالرجوع ههنا انقطاعُ النزاع ، والخصومة ، بخلاف ما إذا وجدها غيرَ مشغولةٍ بشىء . وأمّا الثوبُ إذا صبغه ، فلا نُسَلّم أن له الرجوعَ ، فهو كمسألتنا . وإن سلّمنا فالفرقُ بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الصِّبْغ تفرّق فى الثوب ، فصار كالصِّفة فيه ، بخلاف البناء ، والغَرْسِ ، فإنّه أعيانٌ متميّزة ، وأصلٌ فى نفسه .

والثانى : أن الثوب لا يُراد للبقاء ، بخلاف الأرض ، فإذا قلنا : لا يرجِعُ ، فلا كلام ، وإن قلنا : يرجع ، فرجع ، واتّفق الجميعُ على بيعهما ، بيعا لهما ، وأخذ كلٌّ واحد بِقَدْر حقّه ، وإن امتنع أحدُهما من البيع ، احتمل أن يُجْبَر عليه ، كما لو كان المَبِيعُ ثوباً ، فصبَغَه المشترى . فإنّ الثوب يُباع لهما ، كذا ههنا. ويحتمل أن لا يُجْبَر . لأنّه أمكن طالبَ البيع أن يبيع مِلْكَهُ مفرداً ، بخلاف الثوب المصبوغ . فإنْ بيعا لهما قَسّما الثمنَ على قدر القيمتين ، فتقوّم الأرضُ غيرَ ذاتِ شَجَرٍ ، ولا بناء ، ثم تُقَوّم وهما فيها ، فما كان قيمةَ الأرض بغير غِرَاسٍ ، ولا بناءٍ ، فللبائع قِسْطُه من الثمن ، وما زاد فهو للمُفلس ، والغُرَماء . وإن قلنا : لا يجبرُ الممتنعُ على البيع ، أو لم يطلب أحدُهما البيعَ ، فاتّفقا على كيفية كونهما بينهما ، جاز ما اتفقا عليه ، وإن اختلفا ، كانت الأرضُ للبائع ، والغِرَاسُ ، والبناءُ للمُفلس ، والغرماء ، ولهم دخولُ الأرض لسَقْى الشجر ، وأخذ الثمرة ، وليس لهم دخولُها للتفرّج ، ولغير حاجة . وللبائع دخولُها للزرع ، ولما شاء ، لأنّ الأرض له ، ومِلْكه ، وإن باعوا الشجر ، والبناء لإنسان ، فحكمهُ فى ذلك حُكْمهم . ولو بذل المُفلس ، والغرماءُ ، أو المشترى منهم قيمةَ الأرض للبائع ، ليدفعها لهم ، لم يلزمهُ ذلك : لأنّ الأرض أصلٌ فلا يُجْبَرَ على بيعها ، بخلاف ما فيها من الغَرْس ، والبناء

٣٣٨٦ (فصل) إذا اشترى غِراساً فغرسه فى أرضه ، ثم أفلس ، ولم يزد الغِرَاسُ ، فله الرجوعُ فيه . لأنّه أدرك متاعَه بعينه . وإذا أخذه ، فعليه تسويةُ الأرض ، وأرشُ نقصها ، الحاصِل بقلْعه . لأنّه نقصٌ حصلَ لتخليص مِلْكه من ملك غيره . وإن بذل المفلس ، والغرماء له قيمتَه ، ليملكوه بذلك ،

لم يُجْبَرْ على قبولها . لأنه إذا اختار أخذ ماله ، وتفريغ ملكهم ، وإزالة ضرره عنهم ، لم يكن لهم منعُه ، كالمشترى إذا غَرَس فى الأرض المشفوعة . وإن امتنع من القلع ، فبذلوا له القيمة ليملكه المُفلس ، أو أرادوا قلعه ، وضمانَ النقص ، فلهم ذلك ، وكذلك إذا أرادوا قلعه من غير ضمان النقص ، لأنّ المُفلس إنما ابتاعهُ مقلوعا ، فلم يجب عليه إبقاؤه فى أرضه ، وقيل : ليس لهم قلعهُ من غير ضمان النقص ، لأنه غَرسٌ بحقّ . فأشبه غرس المُفلس فى الأرض التى ابتاعها إذا رجع بائعُها فيها . والفرقُ بينهما ظاهر . فإنّ إبقاء الغِرَاس فى هذه الصورة حقّ عليه ، فلم يجب عليه بفعله ، وفى التى قبلها إبقاؤه حقّ له ، فوجب له بغراسه ، فى مِلكه ، فإن اختار بعضُهم القلع ، وبعضُهم التبقية ، قدِّم قولُ من طلب القلع ، سواء كان المفلسَ ، أو الغرماء ، أو بعضَ الغرماء . لأنّ الإبقاء ضررٌ غيرُ واجب ، فلم يلزم الممتنعَ منه الإجابةُ إليه . وإن زاد الغِرَاسُ فى الأرض ، فهى زيادةٌ متّصلة ، تمنعُ الرجوعَ على قول الخِرَقىّ ، ولا تمنعُه على رواية الميمونىّ .

٣٣٨٧ (فصل) وإن اشترى أرضاً من رجل ، وغِراساً من آخر . فغرسه فيها ، ثم أفلس ، ولم يزد الشجرُ ، فلِكلّ واحد منهما الرجوعُ فى عين ماله ، ولصاحب الأرض قلعُ الغِراس من غير ضمان نقصه بالقلع ، على ما ذكرنا . لأنّ البائع إنما باعه مقلوعاً ، فلا يستحقّه إلا كذلك . وإن أراد بائعهُ قلعه من الأرض ، فقلعه ، فعليه تسويةُ الحُفَر ، وضمان نقصها الحاصل به ، لما تقدّم ، وإن بذل صاحبُ الغِراس قيمةَ الأرض ، لصاحبها لتملكها لم يُجْبَرْ على ذلك ، لأنّ الأرضَ أصلٌ ، فلا يُجبر على بيعها تبعاً ، وإن بذل صاحبُ الأرض قيمةَ الغراس ليَملِكَهُ إذا امتنع من القلع ، فله ذلك لأنّ غرسه حصل فى مِلك غيره بحقّ . فأشبه غرس المُفلس فى أرض البائع ، ويحتملُ أن لا يملك ذلك ، لأنه لا يُجبر على إبقائه ، إذا امتنع من دفع قيمته ، أو أرشِ نَقْصِه . فلا يكون له أن يَتملّكه بالقيمة ، بخلاف التى قبلها . والأولى أولى . وهذا ينتقض بغرْس الغاصب .

٣٣٨٨ (فصل) الشرط الثالث : أن لا يكون البائعُ قبض من ثمنها شيئاً ، فإن كان قد قبض بعض ثمنها ، سقط حقّ الرجوع . وبهذا قال إسحق ، والشافعىّ فى القديم ، وقال فى الجديد : له أن يرجع فيما قدر ما بقى من الثمن ، لأنّه سببٌ ترجع به العين ، كلّها إلى العاقد . فجاز أن يرجع به بعضُها ، كالفُرقة قبل الدخول فى النكاح . وقال مالك : هو مُخيّر ، إن شاء ردّ ما قبضه ، ورجع فى جميع العين ، وإن شاء حَاصّ ، الغرماء ولم يرجع .

ولنا : ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن ، عن أبى هريرة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أيُّما رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً ، فَأَدْرَكَ سِلْعَتَهُ بِعَيْنِهَا عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، وَلَمْ يَكُنْ قد قَبَضَ مِنْ ثَمَنِهَا

شَيْئًا ، فَهِيَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ قَدْ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا فَهُوَ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، والدارقطنيّ . ولأنّ فى الرجوع قسط ما بقى تبعيضاً للصفقة على المشترى ، وإضرارا به ، وليس ذلك للبائع ، فإن قيل : لاضرر عليه فى ذلك ، لأنّ ، ماله يُباع ، ولا يبقى له ، فيزولُ عنه الضرر ، قلنا . لا يندفعُ الضرر بالبيع ، فإنّ قيمته تنقصُ بالتشقيص ، ولا يُرْغَبُ فيه مُشَقَّصاً ، فيتضرّر المفلس ، والغرماء بنقص القيمة ، ولأنّه سببٌ يفسخ به البيعُ ، فلم يَجُزْ تشقيصُه ، كالردّ بالعيب ، والخيار ، وقياسُ البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح ، ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحدة ، أو عينين ، لما ذكرنا من الحديث ، والمعنى . فإن قيل : حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن ، عن النبيّ ، صلى الله عليه وسلم مُرْسلاً ، ولا حُجّة فى المراسيل . قلنا . قد رواه مالك ، وموسى بن عُقْبَة ، عن الزهريّ ، عن أبى بكر ابن عبدالرحمن ، عن أبى هريرة ، كذلك ذكره ابن عبد البرّ ، وأخرجه أبو داود ، وابن ماجه ، والدارقطنيّ فى سننهم متّصلا ، فلا يضرّ إرسالُ مَنْ أرسله ، فإنّ راوى المسند معه زيادةٌ لا يعارضها تركُ مرْسِلِ الحديث لها ، وعلى أنّ المرسلَ حجّة ، فلا يَضُرّ إرسالُه .

٣٣٨٩ (فصل) الشرط الرابع : أن يكون تعلّق بها حقّ الغير ، فإن رهنها المشترى ، ثم أفلس ، أو وهبها ، لم يملك البائعُ الرجوعَ ، كما لو باعها ، أو أعتقها ، ولأن فى الرجوع إضرارا بالمرتهن ، ولا يُزالُ الضرر بالضرر ، ولأنّ النبيَّ صلّى الله عليه وسلم قال « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » وهذا لم يجده عند المفلس . ولا نعلمُ فى هذا خلافاً ، فإن كان دينُ المرتهن دون قيمة الرهن ، بيعَ كلُّه ، فقضى منه دينُ المرتهن ، والباقى يُرَدُّ على سائر مالِ المُفلس ، ويشترك الغرماء فيه ، وإن بيع بعضُه ، فباقيه بينهم ، يُباع لهم أيضاً ، ولا يرجعُ به البائعُ . قال القاضى : له الرجوعُ به . وهو مذهبُ الشافعيّ ، لأنّه عينُ ماله ، لم يتعلق به حقٌّ غيره .

ولنا : أنه لم يجد متاعه بعينه ، فلم يكن له أخذُه ، كما لو كان الدَّيْن مُستغرقاً له ، وما ذكره القاضى لا يخرُج على المذهب ، لأنّ تلف بعض المبيع يمنعُ الرجوعَ ، فكذلك ذهابُ بعضه بالبيع . ولو رهن بعض العبيد ، لم يكن للبائع الرجوعُ فى باقيه ، لما ذكرنا ، وإن كان المبيعُ عينين فرهن إحداهما ، فهل يملكُ البائعُ الرجوعَ فى الأخرى ؟ على وجهين ، بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحدى العينين . وإن فكّ الرهنَ قبل فَلَسِ المشْترى ، أو أبرأ من دَيْنِهِ ، فللبائع الرجوع ، لأنّه أدرك متاعه بعينه عند المشترى ، وإن أفلس وهو رهنٌ ، فأبرأ المرتهنُ المشترى من دينه ، أو قضى الدين من غيره ، فللبائع الرجوعُ أيضاً ، كذلك .

٣٣٩٠ (فصل) وإن كان عبدا ، فأفلس المشترى بعد تعلّق أرْشِ الجناية بِرَقَبَتِهِ ، ففيه وجهان :

أحدهما : ليس للبائع الرجوعُ . لأنّ تعلّق الرهن به يمنعُ الرجوعَ . وأرشُ الجناية يُقدمّ على حقّ المرتهن ، فأولى أن لا يرجع ، ذكره أبو الخطاب .

والثانى : لا يمنع الرجوع فيه . لأنّه حقّ لا يمنع تصرّف المشترى فيه ، فلم يمنع الرجوع ، كالدين فى ذمّته . وفارق الرهن ، فإنّه يمنعُ تصرّف المشترى فيه ، فإن قلنا : لا يرجعُ فحكمُه حكمُ الرهن ، وإن قلنا : له الرجوعُ ، فهو مخيّر ، إن شاء رجَعَ فيه ناقصاً بأرش الجناية ، وإن شاء ضَرَب بثمنه مع الغُرماء ، ومن أبرأ الغريمَ من الجناية ، فللبائع الرجوعُ فيه . لأنّه وجد متاعه بعينه خالياً من تعلّق حقّ غيره به .

٣٣٩١ (فصل) وإن أفلس بعد خروج المبيع من مِلكه ، ببيعٍ ، أو هِبَةٍ أو وَقْفٍ ، أو عتق ، أو غير ذلك ، لم يكن للبائع الرجوعُ ، لأنّه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس ، سواء كان المشترى يمكنه استرجاعُه بخيارٍ له ، أو عَيْبٍ فى ثمنه ، أو رجوعه فى هِبَةِ ولده ، أو غير ذلك ، لما ذكرنا . وخروج بعضه كخروج جميعه ، لما تقدّم . فإن أفلس بعد رجوع ذلك إلى ملكه ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : له الرجوع ، للخَبَر ، ولأنّه وجد عين ماله خالياً عن حقّ غيره ، أشبه ما لو لم يبعه .

والثانى : لا يرجع . لأنّ هذا الملكَ لم ينتقل إليه منه ، فلم يملك فسخَه . ذكر أصحابُنا هذين الوجهين . ولأصحاب الشافعىّ مثلُ ذلك .

والثالث : إن عاد إليه بسبب جديدٍ ، كبيع ، أو هِبَةٍ ، أو إرث ، أو وصيّة ، أو نحو ذلك ، لم يكن للبائع الرجوعُ ، لأنه لم يصر إليه من جهته ، وإن عاد إليه بفسخ ، كالإقالة ، والردّ بعيب ، أو خيار ، ونحو ذلك . فللبائع الرجوعُ ، لأنّ هذا الملك استند إلى السبب الأوّل ، فإنّ فسخَ العقد الثانى لا يقتضى ثبوتَ الملك ، وإنّما أزال السبب المزُيل لملك البائع ، فثبت الملكُ بالسبب الأول ، فمَلَكَ استرجاعَ ما ثبتَ الملكُ فيه ببَيْعه .

٣٣٩٢ (فصل) وإن كان المبيعُ شِقْصاً مَشْفُوعاً ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : البائعُ أحقّ به . هذا قول ابن حامد ، للخبر ، ولأنّه إذا رجع فيه عاد الشِّقْصُ إليه ، فزال الضررُ عن الشفيع ، لأنّه عاد كما كان قبلَ البيع ، ولم تتجدّد شركة غيره .

والثانى : أن الشفيع أحقّ . ذكره أبو الخطّاب ، لأنّ حقّه أسبقُ ، فكان أولى ، بيانه : أن حقّ البائع ثبت بالحَجْر ، وحقّ الشفيع ثبت بالبيع ، ولأنّ حقّه آكدُ ، لأنّه يستحقّ انتزاع الشِّقص من المشترى ، وممّن نقله إليه ، وحقُّ البائع إنما يتعلّق بالعين ، ما دامت فى يد المشترى ، ولا يزول الضرر عنه بردّه إلى البائع ، بدليل ما لو باعه المشترى لبائعه ، أو وهبه إيّاه ، أو أقاله ، لم يسقُط حقّ الشفيع ، ولأنّ البائع إنما يستَحِقّ الرجوع فى عينٍ لم يتعلّق بها حقّ الغير ، وهذه قد تعلّق بها حقُّ الشفيع .

الوجه الثالث : أن الشفيع إن كان طالبَ بالشفعة ، فهو أحقُّ ، لأنّ حقّه تأكّد هنا بالمطالبة ، وإن كان لم يُطالب بها ، فالبائعُ أولى . ولأصحاب الشافعيّ وجهان كالأوّلين ، ولهم وجه ثالث : أنّ الثمن يُؤخذ من الشفيع ، فيختصُّ به البائعُ ، جمعاً بين الحقّين ، فإنّ غرض الشفيع في عين الشِّقص المشفوع ، وغرضَ البائع في ثمنه ، فيحصُل ذلك بما ذكرنا ، وليس هذا جيّداً لأنّ حقّ البائع إنّما ثبت في العين ، فإذا صار الأمرُ إلى وجوب الثمن ، تعلّق بذمّته ، فساوى الغُرماء فيه .

٣٣٩٣ (فصل) وإن كان المبيع صيداً ، فأفلس المشتري ، والبائعُ مُحْرِمُ ، لم يرجع فيه ، لأنّه تملُّك للصّيد فلم يجُز مع الإحرام ، كشراء الصيد ، وإن كان البائعُ حلالاً في الحرم ، والصيدُ في الحلّ ، فأفلس المشتري ، فللبائع الرجوعُ فيه ، لأنّ الحرم إنما يحرُم الصيدَ الذي فيه . وهذا ليس من صيده ، فلا يحرُم ، ولو أفلس المحرِمُ وفي مِلْكه صيدٌ . بائعهُ حلالٌ ، فله أخذُه ، لأنّ المانع غيرُ موجود في حقّه .

٣٣٩٤ (فصل) وإذا أفلس وفي يده عينُ مالٍ دينُ بائعها مُؤجّل ، وقلنا : لا يحِلُّ الدينُ بالفلس فقال أحمد في رواية الحسن بن ثَوابٍ : يكون ماله موقوفاً إلى أن يَحُلَّ دينهُ ، فيختار البائعُ الفسخَ ، أو الترك ؟ وهذا قولُ بعض أصحاب الشافعيّ . والمنصوصُ عن الشافعيِّ : أنّه يُباع في الديون الحالّة ، ويتخرّج لنا مثلُ ذلك ، لأنها حقوقٌ حالّة ، فقدِّمت على الدين المؤجّل ، كدينِ من لم يجد عين ماله ، وللأول الخبرُ ، ولأنّ حقّ هذا البائع تعلق بالعين ، فقدّم على غيره ، وإن كان مؤجّلاً ، كالمرتهن ، والمجنيِّ عليه .

٣٣٩٥ (فصل) قال أحمد في رجل ابتاع طعاماً نَسيئة ، ونظر إليه ، وقلّبه ، وقال : أَقبِضُه غداً فمات البائعُ . وعليه دينٌ . فالطعامُ للمشتري . ويتبعه الغُرماء في الثمن . وإن كان رخيصاً . وكذلك قال الثوريّ ، وإسحاق : لأنّ الملك ثبتَ للمشتري فيه بالشراء ، وزال مِلكُ البائع عنه ، فلم يُشاركه غُرماء البائع فيه ، كما لو قبضه .

الشرط الخامس : أن يكون المُفلس حَيًّا ، ويأتي شرحُ ذلك في آخر الباب ، إن شاء الله تعالى .

٣٣٩٦ (فصل) ورجوع البائع في المبيع فسخٌ للبيع ، لا يحتاجُ إلى معرفة المَبيع ، ولا القدرة على تسليمه ، ولا اشتباه المبيع بغيره ، فلو رجع في المبيع الغائب بعد مُضيّ مدّة يتغيّر فيها ، ثم وجده على حاله لم يتلف شيء منه ، صحّ رجوعُه . وإن رجع في العبد بعد إباقه ، أو الجمل بعد شُرُودِه ، أو الفرس العائر[1] صحّ ، وصار ذلك له . فإن قدر عليه أخذه ، وإن ذهب كان من ماله ، وإن تبيّن أنّه كان تالفاً حين

(١) العائر : الذاهب الذي انفلت من صاحبه ، فهو كالجمل الشارد .

استرجاعه . لم يصح استرجاعه . وكان له أن يَضْرِب مع الغرماء فى الموجود من ماله . وإن رجع فى المبيع ، واشتبه بغيره ، فقال البائع : هذا هو المبيع ، وقال المُفلس : بل هذا ، فالقولُ قولُ المفلس . لأنّه مُنكِر لا ستحقاق ما ادّعاه البائعُ ، والأصلُ معه .

٣٣٩٧ « مسألة » قال ﴿ ومن وجب له حقّ بشاهدٍ ، فلم يحلف ، لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ، ويستحِقوا ﴾ .

وجملة ذلك : أن المفلس فى الدعوى كغيره ، فإذا ادّعى حقًّا له به شاهدٌ عدلٌ ، وحلف مع شاهده ، ثبت المالُ ، وتعلّقت به حقوقُ الغرماء . وإن امتنع لم يُجبَرْ ، لأننّا لا نعلم صدق الشاهد ، ولو ثبت الحقُّ بشهادته ، لم يحتج إلى يمين معه ، فلا يُجبرُ على الحلف على مالا يعلم صدقَه ، كغيره ، فإن قال الغرماء : نحنُ نحلفُ مع الشاهد ، لم يكن لهم ذلك ، وبهذا قال الشافعيّ فى الجديد ، وقال فى القديم : يحلفون معه ، لأنّ حُقوقهم تعلّقت بالمال ، فكان لهم أن يحلفوا ، كالورثة يحلفون على مال موروثهم .

ولنا أنهم يُثبِتون ملكا لغيرهم ، لتتعلّق حقوقهم به بعد ثبوته ، فلم يجز لهم ذلك ، كالمرأة تحلف لإثبات ملكٍ لزوجها ، لتعلّق نفقتها به ، وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق ما بعد الموت ، فإن المال انتقل إليهم ، وهم يُثبتون بأيمانهم ملكاً لأنفسهم .

٣٣٩٨ « مسألة » قال ﴿ وإذا كان على المفلس دين مُؤجّل لم يَحِلّ بالتفليس ، وكذلك فى الدين الذى على الميّت إذا وَثِق الورثة ﴾

وجملته : أن الدين المؤجّل لا يحلّ بفلَس مَنْ هو عليه ، روايةً واحدةً . قاله القاضى ، وذكر أبو الخطّاب فيه روايةً أخرى : أنّه يحِلّ ، وبه قال مالك ، وعن الشافعيّ كالمذهبين ، واحتجُّوا بأنّ الإفلاس يتعلّق به الدينُ بالمال ، فأسقط الأجلَ كالموت .

ولنا : أن الأجل حقّ للمفلس ، فلا يسقُط بفلَسه كسائر حُقوقه ، ولأنّه لا يُوجبُ حُلول ماله ، فلا يُوجبُ حُلول ما عليه ، كالجنون ، والإغماء . ولأنّه دينٌ مُؤجل على حَيّ فلم يحِلّ قبل أجَلِه ، كغير المُفلس ، ولا نُسلّم أن الدين يحِلّ بالموت ، فهو كمسألتنا ، وإن سلّمنا ، فالفرقُ بينهما أنّ ذمّته خَرِبَتْ ، وبطلَتْ ، بخلاف المُفلس ، إذا ثبت هذا : فإنّه إذا حُجِر على المفلس ، فقال أصحابنا : لا يُشاركُ أصحابُ الديون المؤجّلة غرماء الديون الحالّة ، بل يُقتسم المالُ الموجود بين أصحاب الديون الحالّة ، ويبقى المُؤجَّل فى الذمّة إلى وقتِ حُلوله ، فإن لم يقتسم الغرماء حتى حَلّ الدينُ ، شارك الغرماء ، كما لو تجدّد على المفلس دينٌ بجنايته ، وإن أدرك بعضَ المال قبل قَسْمِه ، شاركهم فيه ، ويَضْربُ فيه بجميع دينه ، ويَضْربُ سائرُ الغرماء ببقيّة دُيونهم ، وإن قلنا : إنّ الدَّين يحلّ فإنّه يَضْرِبُ مع الغرماء بدينه ، كغيره من أرباب الديون الحالّة ،

فأمّا إن مات وعليه ديون مؤجلة ، فهل تحِلُّ بالموت فيه روايتان :

إحداهما : لاتحِلّ إذا وَثق الوَرَثةُ ، وهو قولُ ابن سيرين ، وعُبَيد الله بن الحسن وإسحاق ، وأبي عُبَيد ، وقال طاوس ، وأبو بكر بن محمد ، والزهريّ ، وسعيدُ بن إبراهيم : الدينُ إلى أجَلِه ، وحكى ذلك عن الحسن .

والرواية الأخرى : أنه يحِلّ بالموت ، وبه قال الشعبيّ ، والنخعيّ ، وسوَّار ، ومالك ، والثوريُّ ، والشافعيّ ، وأصحابُ الرأى . لأنّه لا يخلو : إمّا أن يبقى فى ذمّة الميت ، أو الورثة ، أو يتعلق بالمال ، لا يجوز بقاؤه فى ذمّة الميت ، لخرابها ، وتعذُّر مطالبته بها . ولاذمّة الورثة ، لأنّهم لم يلتزموها ، ولا َرضِي صاحبُ الدين بذممهم ، وهى مختلفة متباينة . ولا يجوز تعليقُه على الأعيان ، وتأجيله ، لأنه ضررٌ بالميت ، وصاحبِ الدين ، ولا نفع للورثة فيه . أما الميِّت ، فلأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « المَيِّتُ مُرْتَهَنٌ بِدَيْنِه حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ » وأما صاحبه ، فيتأخّر حقُّه ، وقد تتلفُ الأعيان ، فيسقُط حقُّه ، وأما الورثةُ ، فإنهم لاينتفعون بالأعيان ، ولا يتصرّفون فيها . وإن حصلت لهم منفعة ، فلا يسقُط حظّ الميِّت ، وصاحب الدين ، لمنفعةٍ لهم .

ولنا : ما ذكرنا فى المفلس ، ولأنّ الموتَ ما جُعِل مُبطلاً للحقوق ، وإنّما هو ميقاتٌ للخلافة ، وعلامةٌ على الوِراثة وقد قال النبيّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ تَرَكَ حَقًّا أَوْ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ » وما ذكروه إثباتُ حكمٍ بالمصلحة المُرْسَلَةِ ، ولا يشهدُ لها شاهدُ الشرع ، باعتبار ، ولاخلاف فى فسادِ هذا ، فعلى هذا يبقى الدينُ فى ذمّة الميت ، كما كان ، ويتعلّق بعين ماله ، كتعلّق حُقوق الغرماء بمالِ المفلس عند الحجر عليه . فإن أحبّ الورثةُ أداء الدين ، والتزامه للغريم ، ويتصرّفون فى المال ، لم يكن لهم ذلك ، إلاّ أن يرضى الغريمُ ، أو يُوَثِّقوا الحقّ بضمينٍ مليء ، أو رهن يثِقُ به لوفاء حقّه ، فإنّهم قد لا يكونون أمْلِياء[1] ، ولم يرض بهم الغريمُ ، فيؤدِّى إلى فوات الحقّ . وذكر القاضى : أن الحقّ ينتقل إلى ذمم الورثة بموت موروثهم من غير أن يشترط التزامهم له ، ولا ينبغى أن يَلزم الإنسان دينٌ لم يلتزمه ، ولم يتعاطَ سببه ، ولو لزمهم ذلك لموتِ موروثِهم ، للزمهم ، وإن لم يخلف وفاء ، وإن قلنا : إن الدين يحِلّ بالموت ، فأحبّ الورثةُ القضاء من غير التركة ، واستخلاصَ التَركة ، فلهم ذلك ، وإن قضوا منها ، فلهم ذلك ، وإن امتنعوا من القضاء ، باع الحاكمُ من التركة ما يَقضى به الدينَ ، وإن مات مُفلس ، وله غُرماء ، بعضُ ديونهم مُؤجّل ، وبعضها حالّ ، وقلنا : المؤجّل يحِلّ بالموت ، تساوَوْا فى التركة ، فاقتسموها على قدر

---

(١) أملياء : جمع مليء ، وهو الغنى القادر على سداد الدين .

ديونهم ، وإن قلنا : لا يحل بالموت ، نظرنا : فإنْ وَثَّق الورثة لصاحب المؤجّل ، اختص أصحابُ الحالّ بالتركة ، وإن امتنع الورثةُ من التوثيق ، حلّ دينُه ، وشارك أصحابَ الحالّ ، لئلاّ يُفضى إلى إسقاط دينه بالكلّيّة .

٣٣٩٩ (فصل) حكى بعض أصحابنا فمن مات وعليه دين : هل يَمْنَعُ الدينُ نقل التركة إلى الورثة ؟ روايتين :

(إحداهما) لا يمنعه ، للخبر ، ولأنّ تعلّق الدين بالمال لا يُزيلُ الملكَ فى حقّ الجانى ، والراهن ، والمفلس ، فلم يمنع نقله ، فإن تصرّف الورثةُ فى التركة ببيع ، أو غيره ، صحّ تصرّفهم ، ولزمهم أداء الدين ، فإن تعذّر وفاؤه ، فُسِخَ تصرّفهم ، كما لو باع السيّد عبده الجانىَ ، أو النِّصابَ الذى وجبت فيه الزكاةُ .

(والرواية الثانية) يمنع نقل التركة إليهم ، لقول الله تعالى (٤ : ١١ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ) فجعل التركة للوارث من بعد الدَّيْن والوصيّة ، فلا يثبتُ لهم الملك قبلها . فعلى هذا : لو تصرّف الورثةُ ، لم يصحّ تصرّفهم ، لأنّهم تصرّفوا فى غير ملكهم ، إلاّ أن يأذن الغرماء لهم ، وإن تصرّف الغرماء ، لم يصحّ ، إلاّ بإذن الورثة .

٣٤٠٠ « مسألة » قال ﴿ وكلّ ما فعله المفلس فى ماله قبل أن يقفه الحاكمُ فجائز ﴾

يعنى : قبل أن يحجُر عليه الحاكمُ ، فنبدأ بذكر سبب الحَجْر فنقول : إذا رُفع إلى الحاكمُ رجلٌ عليه دينٌ ، فسأل غرماؤه الحاكمَ الحجرَ عليه ، لم يُجبهم حتّى تَثْبُت ديونهم باعترافه ، أو بِبَيّنة ، فإذا ثبتت نَظَرَ فى ماله : فإن كان وافياً بدينه ، لم يحجُرْ عليه ، وأمره بقضاء دينه ، فإن أبى ، حبَسَهُ ، فإن لم يَقْضِهِ وصبر على الحَبْس ، قَضَى الحاكم دينه من ماله ، وإن احتاج إلى بيع ماله فى قضاء دينه ، باعه ، وإن كان مالُه دون دينه ، وديونهُ مؤجّلة ، لم يَحجُر عليه ، لأنّه لا تستحقّ مطالبته بها ، فلا يَحْجُر عليه من أجلها ، وإن كان بعضُها مُؤجّلا ، وبعضُها حالاً ، ومالهُ يفى بالحالّ ، لم يحجُرْ عليه أيضاً ، كذلك . وقال بعضُ أصحاب الشافعىّ : إن ظهرت أماراتُ الفَلَس ، لكون ماله بإزاء دينه ، ولا نفقةَ لهُ إلاّ من ماله ، ففيه وجهان :

أحدهما : يحجُرُ عليه . لأنّ الظاهر أنّ ماله يَعْجِزُ عن ديونه ، فهو كما لو كان مالُه ناقصاً . ولنا أنّ ماله وافٍ بما يلزمه أداؤه ، فلم يحجُر عليه كما لو لم تظهر أماراتُ الفَلَس ، ولأنّ الغُرماء ، لا يمكنهم طلبُ حقوقهم فى الحال ، فلا حاجة إلى الحَجْر ، وأما إن كانت ديونه حالّةً يعجِزُ ماله عن أدائها ، فسأل غرماؤه

الحجرَ عليه ، لزمتهُ إجابتهُمْ ، ولا يجوز الحجْر عليه بغير سُـؤالِ غرمائه ، لأنَّه لا ولاَيةَ له فى ذلك ، وإنَّمَـا يفعله لِحقّ الغُرماء ، فاعتُبر رضاهم به . وإن اختلفوا ، فطالب بعضهم دون بعضٍ ، أُجيبَ مَنْ طلب ، لأنَّه حَقٌّ له ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، وقال أبو حنيفـة : ليس للحاكم الحجرُ عليه ، فإذا أدَّى اجتهادُه إلى الحجْر عليه ، ثبت ، لأنَّه فصلٌ مُجْتَهَدٌ فيه ، وليس له التصرّف فى ماله ، لأنَّه لا وِلايةَ عليه ، إلاّ أنَّ الحاكم يجبرُه على البيع ، إذا لم يمكن الإيفاء بدونه ، فإن امتنع ، لم يبِعْهُ ، وكذلك إن امتنع الموسِرُ من وفاء الدين ، لا يَبِيع مالَه ، وإنَّمَـا يحبسُه ليبيعه بنفسه ، إلاّ أن يكون عليه أحدُ النقدين ، ومالُه من النقد الآخر ، فيدْفَعُ الدراهمَ عن الدنانير ، والدنانيرَ عن الدراهم . لأنَّه رشيدٌ لا وِلايَةَ عليه ، فلم يجُز للحاكم بيعُ ماله بغير إذنه ، كالذى لا دين عليه ، وخالفه صاحباه فى ذلك ، ولنا ما روى كعبُ بن مالك «أنَّ النبيَّ صلَّى الله عليه وسلَّم حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ ، وَ باعَ مَالَه فى دَيْنِهِ »رواه الخلاّل باسناده . ورُوِى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه : أنّه خطب الناس ، وقال : ألاَ إنّ أُسيفِعَ جُهَيْنَةَ قد رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمانتِهِ بأَنْ يُقَالَ : سَبَقَ الحَاجّ[1] ، فَادَّانَ مُعْرِضاً فأَصْبَحَ وَقَدْ رِيْنَ بِهِ فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ مَالٌ فَلْيَحْضُرْ غداً ، فإنَّا بائِعُو مَالِهِ ، وَقَاسِمُوهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ . ولأنّه محجور عليه ، محتاج إلى قضاء دينه ، فجاز بيعُ ماله بغير رضاه ، كالصغير ، والسفيه ، ولأنّه نوعُ مالٍ ، فجاز بيعُه فى قضاء دينه ، كالأثمان وقياسُهم يبطُل ببيع الدراهم بالدنانير . إذا ثبت هذا : عُدنا إلى مسألة الـكتاب ، فنقول : ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع ، أو هبة ، أو إقرار ، أو قضاء بعض الغرماء ، أو غير ذلك ، فهو جائزٌ نافذٌ : وبهذا قال أبوحنيفة ، ومالك ، والشافعىّ ، ولا نعلم أحداً خالفهم ، ولأنه رشيدٌ غيرُ محجور عليه ، فنفذ تصرُّفه ، كغيره ، ولأن سبب المنع الحجْرُ ، فلا يتقدّم سببهُ ، ولأنّه من أهل التصرّف . ولم يُحجر عليه . فأشبه الملىء . وإن أكرى جملاً بعينه . أو داراً . لم تنفسخ إجارتهُ بالفَلَس . وكان المـكترى أحقَّ به ، حتى تنقضى مدّته .

(١) فى رواية أخرى لهذا الحديث (ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة قد رضى من دينه وأمانته بأن يقال : سابق الحاج) والأسيفع تصغير أسفع ، وهو المتغير لونه أو الذى فيه سواد مشرب بحمرة ، ومعنى سابق الحاج أو سبق الحاج ، أنه يسبق فى الحج ويبادر إليه ، وقوله ادان يعنى : استدان ، أصلها ادتان ، افتعل من الدين فقلبت التاء دالا لأن تاء الافتعال يجوز قلبها دالا فى مثل هذه الكلمة ، ومعرضاً ، قيل معناه معترضاً لـكل أحد يستدين منه وقيل معرضاً يعنى عمن ينصحه بعدم الإستدانة ، وقيل معرضاً عن أداء ديونه تاركا لها وراء ظهره ، ومعنى رين به ، أحاط الدين بماله وأصل الرين التغطية ، قال تعالى « كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يفعلون » أى غطاها وحجبها ، وهنا الدين غطى كل ماله .

٣٤٠١ (فصل) ومتى حُجِر عليه لم ينفُذ تصرّفه فى شىء من ماله ، فإن تصرّف ببيع ، أو هبة أو وَقف ، أو أصدق امرأةً مالاً له ، أو نحوَ ذلك ، لم يصحّ ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ فى قولٍ ، وقال فى آخَر : يقفُ تصرُّفه ، فإن كان فيما بقى من ماله وفاء الغرماء ، نفذَ ، وإلاّ بَطلَ .

ولنا : أنه محجورٌ عليه بحكم حاكم ، فلم يصحّ تصرُّفه . كالسفيه. ولأنّ حقوق الغرماء تعلّقت بأعيان ماله ، فلم يصحّ تصرُّفه فيها ، كالمرهونة . فأمّا إن تصرّف فى ذمّته ، فاشترى ، أو اقترض ، أو تكفَّل ، صحّ تصرُّفه . لأنّه أهلٌ للتصرُّف ، وإنّما وجد فى حقّه الحجرُ : والحَجْرُ إنّما يتعلّق بماله ، لابذمّته ، ولكن لا يُشارك أصحابُ هذه الديون . الغرماءَ ، لأنّهم رَضُوا بذلك ، إذ علموا أنه مُفلس ، وعاملوه ، ومَنْ لم يعلم فقد فرّط فى ذلك ، فإنّ هذا فى مَظِنَّة الشهرة ، ويتّبعُ بها بعد فكّ الحَجْر عنه ، وإن أقرَّ بدين لزمه بعد فكّ الحَجْر عنه ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول مالك،ومحمد بن الحسن،والثورىّ ، والشافعىّ فى قول ، وقال فى الآخَر : يُشاركهم ، واختاره ابن المُنذر . لأنّه دينٌ ثابت ، مُضاف إلى ما قبل الحَجْر ، فيُشارك صاحبُه الغرماء ، كما لو ثبت ببَيِّنة .

ولنا : أنه محجور عليه ، فلم يصحّ إقراره فيما حُجِرَ عليه فيه ، كالسفيه،أو كالراهن يُقرّ على الرَّهْنِ . ولأنّه إقرارٌ يُبطِلُ ثُبوتَه حقّ غير المقرّ ، فلم يُقبل ، أو إقرار على الغرماء ، فلم يُقبل ، كإقرار الراهن ، ولأنّه متّهم فى إقراره ، فهو كالإقرار على غيره ، وفارق البيِّنة ، فإنّه لا تُهمَةَ فى حقّها ، ولو كان المفلس صانعاً كالقصّار[1] ، والحائك ، فى يديه متاعٌ ، فأقر به لأربابه ، لم يُقبلْ إقرارُه ، والقولُ فيها كالتى قبلها ، وتُباع العينُ التى فى يديه ، وتُقسَّم بين الغرماء ، وتكون قيمتُها واجبةً على المُفلس ، إذا قدر عليها . لأنّها صُرِفَتْ فى دَيْنه ، بسببٍ من جهته ، فكانت قيمتُها عليه ، كما لو أذِنَ فى ذلك ، وإن توجّهت على المفلس يمينٌ ، فنَكَلَ عنها ، فقُضِىَ عليه ، فحكمُهُ حكمُ إقراره ، يلزمُ فى حقّه ، ولا يُحاصُّ الغرماء .

٣٤٠٢ (فصل) وإن أعتق المفلسُ بعضَ رقيقه ، فهل يَصحّ ؟ على روايتين :

إحداهما : يصحُّ ، وينفُذ ، وهو قول أبى يوسف ، وإسحاق ، لأنّه عِتْقٌ من مالكٍ . رشيدٍ ، فنفذَ كما قَبْل الحجْرِ ، ويُفارق سائر التصرُّفات ، لأنّ للعتقِ تغليباً وسِرايةً ، ولهذا يسرى إلى مِلْك الغير ، ويَسْرِى وَقفه ، بخلاف غيره .

والرواية الأخرى : لا ينفذ عِتْقه ، وبهذا قال مالك، وابن أبى ليلى ، والثورىّ،والشافعىّ ، واختاره

---

(١) القصار : الصباغ الذى يصبغ الثياب ، والحائك : الخياط .

أبو الخطاب فى رءوس المسائل ، لأنه ممنوع من التبرع ، لحقِّ الغرماء ، فلم ينفُذ عتقُه ، كالمريض الذى يستغرق دينهُ مالَه ، ولأن المفلس محجورٌ عليه فلم ينفُذ عتقُـه ، كالسفيه ، وفارق المطلق ، وأما سرايتُـه إلى مِلك الغير ، فمن شَرْطه أن يكون مُوسراً ، يُؤخذ منه قيمةُ نصيب شريكه ، فلا يتضرَّر ، ولو كان مُعسِراً لم ينفُـذ عِتقُـه إلا فيما يملك ، صيانةً لحقِّ الغير ، وحفظاً له عن الضياع ، كذا ههنا ، وهذا أصحّ إن شاء الله تعالى .

٣٤٠٣ (فصل) ويُستحبّ إظهار الحجر عليه ، لتجتنُب مُعاملته ، كيلا يستضرَّ الناسُ بضياع أموالهم عليه ، والإشهاد عليه ، لينتشِرَ ذلك عنه ، وربَّما عُزِل الحاكمُ أو مات ، فيثبُت الحجرُ عند الآخَر ، فيُمضيه ، ولا يحتاج إلى ابتداء حَجْر ثانٍ .

٣٤٠٤ (فصل) وإن ثبت عليه حقٌّ ببيِّنة شَارك صاحبُه الغرماء ، لأنه دينٌ ثابت قبل الحجرْ عليه ، فأشبه ما لو قامت البيِّنة به قبل الحجر ، ولو جنى المُفلس بعد الحجر جناية أوجبت مالاً شارك المجنيُّ عليه الغرماءَ ، لأنَّ حقَّ المجنيِّ عليه ثبتَ بغير اختياره ، ولو كانت الجنايةُ موجبةً للقصاص ، فعفا صاحبها عنها إلى مالٍ ، أو صالحه المُفلسُ على مالٍ شاركَ الغُرمَاء ، لأنَّ سببه ثبت بغير اختيار صاحبه ، فأشبه ما لو أوجبتِ المـالَ ، فإن قيل : ألا قدَّمتم حقَّـه على الغرماء ، كما قدَّمتم حقَّ مَنْ جَنَى عليه بعضُ عَبيد المفلس ؟ قلنا : لأنَّ الحقَّ فى العبد الجانى تعلَّـق بعينه ، فقدِّم لذلك ، وحقُّ هذا تعلَّق بالذمَّـة ، كغيره من الديون ، فاستويا .

٣٤٠٥ (فصل) ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ، ثم ظهر غريمٌ آخرُ ، رجع على الغرماء بقسْطه ، وبهذا قال الشافعىّ ، وحُـكى ذلك عن مالك ، وحُـكى عنه : لا يُحاصُّهمْ ، لأنَّه نقضٌ لحُـكم الحاكم .
ولنا : أنَّه غريمٌ ، لو كان حاضراً . قاسمهم ، فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم ، كغريم الميِّت يظهرُ بعدَ قَسْم ماله . وليس قَسْمُ الحاكم مالَه حكماً ، إنَّما هو قِسْمةٌ ، بان الخطأُ فيها ، فأشبه ما لو قَسَّم مالَ الميِّت بين غرمائه ثم ظهر غريمٌ آخرُ ، أو قسَّم أرضاً بين شركاء ، ثمَّ ظهر شريكٌ آخرُ ، أو قسَّم الميراثَ بين ورثةٍ ، ثم ظهر وارثٌ سواه . أو وصيّةً ، ثم ظهر مُوصًى له آخرُ .

٣٤٠٦ (فصل) ولو أفلس وله دار مستأجرة ، فانهدمت بعد قبض المفلس الأُجرَةَ ، انفسخت الإجارة فيما بقى من المدَّة ، وسقط من الأجرة بقدر ذلك ، ثمَّ إن وجَدَ عينَ ماله ، أخذ بقدر ذلك ، وإن لم يجده ضَرَب مع الغرماء بقَدْره ، وإن كان ذلك بعد قَسْم ماله ، رجع على الغرماء بحصّته . لأن سبب وجوبه قبل الحَجْر ، ولذلك يُشاركهم إذا وجب قبلَ القسمة . ولو باع سلعةً ، وقبض ثمنها ، ثم أفلس ، فوجد بها المشترى عيباً ، فردَّها به ، أو ردَّها بخيار ، ، أو اختلافٍ فى الثمن ، ونحوه ، ووجد عينَ ماله ،

أخذها . لأنّ البيعَ لمّا انفسخ زال ملكُ المفلس عن الثمن ، كزوال ملك المشترى عن المبيع ، وإن كان بعد تصرُّفه فيه ، شارك المشترى الغرماء .

« مسألة » قال ﴿ ويُنفق على المفلس وعلى من تلزمُه مُؤنتُه بالمعروف ، من ماله ، إلى أن يَفرُغ من قسمته بين غرمائه ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا حُجِرَ على المفلس ، وكان ذا كَسْبٍ يفى بنفقته ونفقةِ مَنْ تلزمُه نفقته ، فنفقته فى كَسْبه ، فإنه لا حاجة إلى إخراج ماله مع غناه بكَسْبِه ، فلم يجُزْ أخذُ ماله ، كالزيادة على النفقة وإن كان كسبُه دون نفقته ، كمّلناها من ماله ، وإن لم يكن ذا كسب أُنفِقَ عليه من ماله مدّةَ الحجر ، وإن طالت ، لأنّ مِلْكَهُ باقٍ ، وقد قال النبيّ صلّى الله عليه وسلم « ابدَأْ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ » ومعلوم أنّ فيمن يعولُه من تجب نفقتُه عليه ، ويكون ديناً عليه ، وهى الزوجةُ فإذا قدَّم نفقةَ نفسه على نفقة الزوجة ، فكذلك على حقّ الغرماء ولأن الحىّ آكدُ حُرمةً من الميّت ، لأنّه مضمونٌ بالإتلاف ، وتقديمَ تجهيز الميّت ومُؤنة دفنه على دَيْنه . متفق عليه . فنفقته أولى ، وتقدّم أيضاً نفقةُ مَنْ تلزمه نفقتُه من أقاربه ، مثلُ الوالدين ، والمولودين ، وغيرهم ، ممن تجبُ نفقتهم ، لأنّهم يجرُون مَجْرى نفسه ، لأنّ ذوى رحمه منهم ، يعتقُون إذا ملكهم ، كما يَعْتِقُ إذا ملك نفسه ، فكانت نفقتُهم كنفقته ، وكذلك زوجتُه تُقدَّم نفقتُها ، لأنّ نفقتها آكدُ من نفقة الأقارب ، لأنّها تجبُ مِنْ طريق المعاوَضة ، وفيها معنى الإحياء ، كما فى الأقارب ، وممّن أوجب الانفاق على المُفلس ، وزوجته ، وأولاده الصغار ، من ماله ، أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ ، ولا نعلم أحداً خالفهم ، وتجب كسوتهم أيضاً . لأنّ ذلك مما لا بُدّ منه ، ولا تقومُ النفسُ بدونه ، والواجبُ من النفقة ، والكسوة ، أدنَى ما يُنفق على مثله بالمعروف ، وأدنى ما يُكْتَسى مثلُه ، إن كان من جنس الطعام ، أو متوسّطه ، وكذلك كُسوته من جنس ما يكتسيه مثلُه ، وكُسوة امرأته ، ونفقتها مثلُ ما يُفْترضُ على مثله ، وأقلّ ما يكفيه من اللباس قميصٌ ، وسراويل ، وشيء يَلْبَسُه على رأسه ، إمّا عمامة ، أو قَلَنْسُوة ، أو غيرهما مما جرت به عادتُه ، ولرجله حذاء ، إن كان يعتادُه ، وإن احتاجَ إلى جُبَّةٍ ، أو فَرْوةٍ لدَفْع البرد دُفِع إليه ذلك ، وإن كانت له ثيابٌ لا يَلْبَسُ مثلُه مثلَها ، بيعت ، واشتُرِى له كسوةٌ مثلُها ، ورُدَّ الفضلُ على الغرماء ، فإن كانت إذا بيعت واشتُرِى له كسوة لا يفضُل منها شيء ، تُركتْ ، فإنّه لا فائدة فى بيعها .

٣٤٠٧ (فصل) وإن مات المفلس كُفِّن من ماله ، لأنّ نفقته كانت واجبةً من ماله ، فى حال حياته ، فوجب تجهيزُه منه بعد الموت ، كغيره ، وكذلك يجب كفَنُ من يمُونُه ، لأنّهم بمنزلته ، ولا يلزم تكفينُ الزوجة . لأنّ النفقةَ تجبُ فى مقابلة الاستمتاع ، وقد فات بالموت ، فسقطت النفقةُ . ويفارق

الأقاربَ ، لأنّ قرابتهم باقيةٌ ، وإن مات من عَبيده أحدٌ وجب تكفينُه ، وتجهيزُه ، لأنّ نفقته ليست في مقابلة الانتفاع به ، ولذلك تجبُ نفقةُ الصغير ، والمبيعِ قبل التسليم . ويُكَفَّنُ في ثلاثة أثواب ، كما كان يلبسُ في حياته ثلاثةً ، ويحتمل أن يكفَّن في ثوب واحد يستُره ، لأنّ ذلك يكفيه ، فلا حاجةَ إلى الزيادة ، وفارق حالة الحياة ، لأنه لابدّ له من تغطية رأسه ، وكشف ذلك يُؤذيه ، بخلاف الميّت ، ويمتد الانفاقُ على المفلس إلى حين فراغه من القسمة بين الغرماء ، لأنّه لا يزول ملكُه إلاّ بذلك ، ومذهبُ الشافعيّ في هذا الفصل قريبٌ مما ذكرنا .

٣٤٠٨ « مسألة » قال ﴿ ولا تُباع داره التي لا غِنَى له عن سُكناها ﴾

وجملته . أن المفلس إذا حُجِر عليه باع الحاكمُ مالَه ، ويُستحَبّ أن يحضرُ المفلسُ البيعَ لمعانٍ أربعة : أحدها : ليُحْصيَ ثمنَه ، ويَضْبِطَهُ . الثاني : أنه أعرفُ بثمن مَتاعه ، وجيّده ورديئه ، فإذا حضر تكلّم عليه ، وعرَف الغَبْنَ من غيره . الثالث : أن تكثُر الرغبةُ فيه ، فإنّ شراءه من صاحبه أحبُّ إلى المشتري . الرابع : أن ذلك أطيبُ لنفسه ، وأسكنُ لقلبه ، ويُستَحبّ إحضارُ الغرماء أيضاً ، لأمور أربعة .

أحدها : أنه يُباع لهم . الثاني : أنهم ربّما رغبوا في شراء شيء منه ، فزادوا في ثمنه ، فيكون أصلح لهم ، وللمفلس . الثالث : بأنه أطيبُ لقلوبهم ، وأبعدُ من التهمة . الرابع : أنه ربّما كان فيهم من يجدُ عين ماله ، فيأخذها ، فإن لم يفعل ، وباعه من غير حضورهم كلّهم ، جازَ . لأنّ ذلك موكول إليه ومُفوّض إلى اجتهاده ، وربّما أدّاه اجتهادُه إلى خلاف ذلك ، وبانت له المصلحةُ في المبادرة إلى البيع ، قبل إحضارهم ، ويأمرهم الحاكم أن يقيموا مُناديًا يُنادي لهم على المتاع ، فإن تراضَوْا برجُلٍ ثقَةٍ أمضاه الحاكمُ ، وإن اتّفقوا على غير ثقة ردّه ، فإن قيل : فلم يردّه وأصحابُ الحقّ قد اتفقوا عليه فأشبه مالوا اتفق الراهنُ والمرتهنُ على أن يبيع الرهن غيرُ ثقةٍ لم يكن للحاكم الاعتراضُ ؟ قلنا : لأنّ للحاكم ههنا نظراً ، واجتهاداً ، فإنّه قد يظهرُ غريمٌ آخرُ فيتعلّق حقّه به ، فلهذا نَظَر فيه ، بخلاف الرهن ، فإنه لا نظر للحاكم فيه ، فان اختار المفلس رجلاً ، واختار الغرماء آخرَ أقرّ الحاكمُ الثقةَ منهما . فإن كانا ثقتين ، قدّم المتطوّع منهما ، لأنّه أوفرُ فإن كانا متطوّعين ضُمّ أحدهما إلى الآخر ، وإن كانا بجُعْلٍ ، قدّم أعرفهما ، وأوثقهما ، فإن تساويا قدّم من يرى منهما ، فإن وجد متطوّعا بالنداء ، وإلاّ دُفعت الأجرة من مال المفلس ، لأن البيع حقّ عليه ، لكونه طريقَ وفاء دينه . وقيل : يُدْفَعُ من بيت المال ، لأنّه من المصالح ، وكذلك الحكمُ في أجر من يحفظ المتاع ، والثمن ، وأجر الحمّالين ، ونحوهم ، ويستحَبُّ بيعُ كلّ شيء في سُوقه : البزُّ في البزّازينَ ، والكتُب في سُوقها ، ونحو ذلك ، لأنّه أحْوَطُ ، وأكثرُ لطلاّبه ، ومعرفةِ قيمته ، فإن باع في غير سُوقه بثمنِ مثله ، جاز ، لأنّ الغرضَ تحصيلُ الثمن ، وربّما أدّى الاجتهادُ إلى أنّ ذلك أصلحُ ، ولذلكَ لو قال : بع ثوبي في سوق كذا بكذا ، فباعه بذلك في سوقٍ آخرَ جاز ،

ويبيعُ بنقد البلد ، لأنّه أوفرُ ، فإن كان فى البلد نقودٌ باع بغالبها ، فإن تساوت باع بجنس الدَّين وإن زاد فى السلعةِ زائدٌ فى مُدّةِ الخيـار ، لزم الأمينَ الفسخُ ، لأنّه أمكنه بيعهُ بثمنٍ فلم يجزْ بيعُه بدونه ، كما لو زِيدَ فيه قبلَ العقد . وإن زاد بعد لزوم العقد ، استُحِبَّ للأمين سؤالُ المشترى الاقالَةَ ، واستُحِبَّ للمشترى الإجابة إلى ذلك ، لتعلّقه بمصلحة المفلس ، وقضاء دينه ، فيبدأ ببيع العبد الجانى ، فيَدْفعُ إلى المجنىِّ عليه أقلَّ الأمرين ، من ثمنه ، أو أرش جنايته ، وما فضل منه رَدّه إلى الغرماء ، ثم يبيعُ الرهن ، فيدفعُ إلى المرتهن قدرَ دينه ، وما فضل من ثمنه رَدّه إلى الغرماء . وإن بقيت من دينه بقيَة ، ضَربَ بها مع الغُرماء ثمّ يبيع ما يُسرع إليه الفسادُ من الطعام الرَّطْبِ ، لأنّ بقاءه يتلفه بيقين ، ثم يبيع الحيوان ، لأنه معرّض للاتلاف ، ويحتاجُ إلى مُؤنة فى بقائه ، ثمَّ يبيع السلع ، والأثاث ، لأنه يخاف عليه ، وتناله الأيدى ، ثم العَقار آخراً ، لأنّه لا يخاف تلفه ، وبقاؤه أشهرُ له ، وأ كثرُ لطلابه ، ومتى باع شيئاً من ماله وكان الدينُ لواحدٍ وحدَه ، دفعه إليه لأنـه لا حاجة إلى تأخيره ، وإن كان له غرماء ، فأمكن قسمتُه عليهم ، قسّم ، ولم يؤخّر ، وإن لم يمكن قسمتُه ، أودع عند ثقةٍ إلى أن يجتمع ، ويمكن قسمتُه ، فيقسّم ، وإن احتاج فى حفظه إلى غرامةٍ ، دفع ذلك إلى من يحفظهُ .

إذ ثبت هذا عدنا إلى مسألة الـكتاب ، فنقول : لا تُباع داره التى لا غنى له عن سكناها ، وبهذا قال أبو حنيفة وإسحاق ، وقال شُريح ، ومالك ، والشافعىُّ : تُباعُ ويُـكْترى لهُ بدلُها ، واختاره ابن المنذر لأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال فى الذى أصُيبَ فى ثمارٍ ابتاعَها ، فـكثرُ دينُه ، فقال لغرمائه « خُذُوا مَا وَجَدْتُم » وهذا مما وجدوه ، ولأنّـه عَينُ مالِ المُفلسِ ، فوجب صرفُه فى دَيْنِهِ كسائر ماله .

ولنا : أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه ، فلم يُصرف فى دينه ، كثيابه ، وقُوتِه ، والحـديثُ قضيّةٌ فى عين ، ويحتملُ أنّه لم يكن له عقارٌ ، ولا خادمٌ ، ويحتملُ أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « خُـذُوا مَا وَجَدْتُمْ » مما تصدّق به عليه . فإنّ المذكور قبل ذلك كذلك . روى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ . فَتَصَدَّقُوا فـلم يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ ، فقال النبىُّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ : خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ » أى مّما تُصِدّقَ به عَلَيه . والظاهر أنه لم يتصـدّق عليه بدار ، وهو مُحتاج إلى سكناها ، ولا خادم وهو مُحتاج إلى خدمته ، ولأنّ الحديث مخصوص بثياب المفلس ، وقُوته ، فَتقيسُ عليه محلّ النزاع . وقياسُهم منتقض بذلك أيضاً ، وبأجر المسكن ، وسائر ماله يستغنى عنه ، بخلاف مسألتنا .

٣٤٠٩ (فصل) وإن كان له داران يستغنى بسُـكنى إحـداهما ، بيعت الأخرى ، لأنّ به غِنًى عن سكناها ، وإن كان مسكنه واسعاً لاَ يَسْـكُن مثلُه فى مثله ، بيع ، واشترِىَ له مسكن مثلُه ، وردّ الفضلُ على الغرماء ، كالثياب التى له ، إذا كانت رفيعةً لا يلبسُ مثلُه مثلَها ، ولو كـان المسكنُ والخادمُ اللّذين

لا يستغنى عنهما عينَ مالِ بعض الغرماء ، أو كان جميعُ ماله أعيانَ أموالِ أفلس بأثمانها ، ووجدها أصحابُها فلهم أخذُها بالشرائط التى ذكرناها . لقول النبىِّ صلَّى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ولأنّ حَقَّه تعلَّق بالعين . فكان أقوى سبباً من المفلس . ولأنّ الإعسار بالثمن سببٌ يستَحقُّ به الفسخ . فلم يمنعه منه تعلُّق حاجةِ المشترى . كما قبل القبض . وكالعيب . والخيار . ولأنّ منعهم من أخذ أعيان أموالهم يفتحُ بابَ الحِيَلِ . بأن يجيء من لا مال له . فيشترى فى ذمته ثياباً يلبسُها . وداراً يسكنُها . وخادما يخدُمه . وفرساً يركَبُها وطعاما له . ولعائلته . ويمتنعُ على أربابها أخذُها ، لتعلّق حاجته بها ، فتضيعُ أموالهم ، ويستغنى هو بها . فعلى هذا . يُؤخذُ ذلك ، ولا يُترك له شىء منه ، لأنّه أعيانُ أموالِ الناس ، فكانوا أحقّ بها منه ، كما لو كانت فى أيديهم ، وأخذها منهم غصباً .

٣٤١٠ (فصل) ولو كان المفلس ذا صَنْعةٍ يَكْسِبُ ما يمونُه ويمونُ مَنْ تلزمهُ مُؤنته ، أو كان يقدر على أن يكسب ذلك ، بأن يؤجِّر نفسه ، أو يتوكّل لإنسان ، أو يكتَسِبَ من المُباحات ما يكفيه ، لم يُترك له من ماله شىء ، وإن لم يقدر على شىء مما ذكرناه ، تُرِكَ له من ماله قدرُ ما يكفيه . قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى فى رواية أبى داود : ويُترك له قوتٌ يتَقوَّتُ به ، وإن كان له عيالٌ تُرِكَ له قِوامٌ . وقال فى رواية الميمونىّ : يُترك له قدرُ ما يقومُ به معاشهُ ، ويُباع الباقى ، وهذا فى حقّ الشيخ الكبير ، وذوى الهيئات الذين لا يمكنهم التصرّف بأبدانهم ، وينبغى أن يُجعل ذلك مما لا يتعلّق به حقٌّ بعضهم بعينه ، لأنّ من تعلّق حقّه بالعين أقوى سبباً من غيره .

٣٤١١ (فصل) وإذا تلف شىء من مال المفلس تحت يد الأمين ، أو بيع شىء من ماله ، وأودع ثمنهُ ، فتلف عند المودَع . فهو من ضمان المفلس . وبهذا قال الشافعىّ . وقال مالك : العروضُ من ماله ، والدراهمُ والدنانيرُ من مال الغرماء ، وقال المغيرةُ : الدنانيرُ من مال أصحاب الدنانير . والدراهمُ من مال أصحاب الدراهم .

ولنا : أنّه من مال المفلس ، ونماؤه له ، فكان تَلَفُه فى ماله ، كالعُروض .

٣٤١٢ (فصل) وإذا اجتمع مال المفلس قسمّ بين غرمائه ، فإن كانت ديونُهمُ من جنس الأثمان أخذوها . وإن كان فيهم مَنْ دينه من غير جنس الأثمان ، كالقرض بغير الأثمان ، فرضىَ أن يأخذ عِوَضَ حقِّه من الأثمان ، جاز ، وإن امتنع ، وطلب جنس حقّه ابتِيع له بحصّته من جنس دينه ، ولو أراد الغريم الأخذ من المال المجموع ، وقال المفلس : لا أوفِّيك إلاّ من جنس دينك ، قدّم قوله ، لأنّ هذا على سبيل المعاوضة ، فلا يجوز إلا بتراضيهما عليه ، وإن كان فيهم من له دين من سَلَم ، لم يجُزْ أن يأخُذ إلاّ من جنس

حقَّه ، وإن تراضيا على دفع عِوَضه ، لأنّ ما فى الذمة من السَّلَم لا يجوزُ أخذُ البدل عنه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فى شَيْءٍ فَلاَ يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ » .

٣٤١٣ (فصل) وإذا فرّق مال المفلس ، وبقيت عليه بقيّة ، وله صنعة ، فهل يَجْبُرهُ الحاكم على إيجار نفسه ، ليقضيَ دينه ؟ على روايتين .

إحداهما : لايجُبره ، وهو قول مالك ، والشافعيّ . لقول الله تعالى (٢ : ٢٨ وإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) ولما روى أبو سعيد « أَنَّ رَجُلاً أُصِيبَ فِي ثِمَارٍ ابْتَاعَهَا ، وَكَثُرَ دَيْنُهُ ، فقال النبيُّ صلىّ الله عليه وسلم : تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ . فَتَصَدَّقُوا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَبْلُغْ وَفاءَ دَيْنِهِ ، فقال النبيّ صلىّ الله عليه وسلم « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلاَّ ذَلِكَ » رواه مسلم ، ولأنّ هذا تكسُّب للمال ، فلم يَجْبُرْه عليه ، كقبول الهبة ، والصَّدقة ، كما لا تجبَرُ المرأةُ على التزويج ، لتأخذ المهر .

والثانية : يُجْبَرُ على الكسب . وهو قول عمر بن عبد العزيز ، وسَوّار العَنْبريّ ، وإسحق . لأن النبيّ صلّى الله عليه وسلم « بَاعَ سُرَّقًا فِي دَيْنِهِ ، وَكَانَ سُرَّقُ رَجُلاً دَخَلَ الْمَدِينَةَ . وَذَكَرَ أَنَّ وَرَاءَهُ مَالاً ، فَدَايَنَهُ النَّاسُ ، فَرَكِبَتْهُ دُيُونٌ ، وَلَمْ يَكُنْ وَرَاءَهُ مَالٌ فَسَمَّاهُ : سُرَّقًا ، وَبَاعَهُ بِخَمْسَةِ أَبْعِرَةٍ » والحرُّ لا يُباع . ثبت أنه باع منافعه ، ولأنّ المنافعَ تجرى مجرى الأعيان فى صحة العقد عليها ، وتحريم أخذ الزكاة ، وثبوت الغِنىَ بها ، فكذلك فى وفاء الدين منها ، ولأنّ الإجارَة عقدُ مُعاوضَة ، فجاز إجباره عليها ، كبيع ماله فى وفاء الدين منها . ولأنّها إجارةٌ لما يملك إجارته ، فيُجْبَرُ عليها فى وفاء دينه . كإجارة أمّ ولده . ولأنَّه قادر على وفاء دينه ، فلزمه . كالك ما يقدر على الوفاء منه ، فإن قيل : حديثُ سُرّقٍ منسوخٌ ، بدليل أن الحرّ لا يُباع ، والبيعُ وقع على رقبته ، بدليل أنّ فى الحديث أنّ الغرماء قالوا لمشتريه: ما تصْنَعُ به ؟ قال أُعتِقهُ . قالوا : لسنا بأزْهَدَ منك فى إعتاقه ، فأعتقوه . قلنا : هذا إثباتُ النسخ بالاحتمال ولا يجوزُ ، ولم يثبُت أنّ بيع الحرّ كان جائزاً فى شريعتنا ، وحَمْلُ لفظ بيعه على بيع منافعه أسهلُ من حمله على بيع رقبته المحرّم ، فإنّ حذفَ المضاف وإقامةَ المضاف إليه مُقامَه سائغٌ كثيرٌ فى القرآن ، وفى كلام العرب ، كقوله تعالى (وَأُشْرِبُوا فِي قُلُوبِهِمُ الْعِجْلَ) (وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ) (وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ) وغير ذلك . وكذلك قوله : أَعْتِقُهُ ، أى من حقّ عليه ، وكذلك قال : فأعتقوه ، يعنى الغرماء ، وهم لا يملكون إلا الدين الذى عليه . وأمّا قوله تعالى (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) فيتوجّه منعُ كونه داخلاً تحت عمومها ، فإنّ هذا فى حكم الأغنياء فى حرمان الزكاة ، وسقوط نفقته عن قريبه ، ووجوب نفقة قريبه عليه ، وحديثهُم قضيّة عَيْن ، لا يثبت حكمها إلاّ فى مثلها ، ولم

يثبُت أنّ لذلك الغريم كسباً يفضُل عن قدر نفقته ، وأمّا قبولُ الهبة ، والصدقة ، ففيه مِنَّةٌ ، ومَعَرَّةٌ تأباها قلوبُ ذوى المروءات ، بخلاف مسألتنا .

إذا ثبت هذا فلا يُجْبرُ على الكسب إلاّ مَنْ فى كسبِه فضلةٌ عن نفقته ، ونفقة من يَمُونه ، على ما تقدمّ ذكره .

٣٤١٤ (فصل) ولا يُجْبَرُ على قبول هَدِيّة ، ولا صَدَقةٍ ولا وصيّة ، ولا قَرْضٍ ، ولا تُجْبَرُ المرأة على التزويج ، ليأخذ مهرها ، لأنّ فى ذلك ضرراً ، للحوق المِنّة فى الهَدِيّة ، والصدقة ، والوصيّة ، والعِوَض فى القرض ، ومِلْك الزوج للمرأة فى النكاح ، ووجوب حقوقه عليها ، ولو باع بشرط الخيار ، ثم أفلس ، فالخيارُ بحاله ، ولا يُجْبَرُ على ما فيه الحظّ من الردّ والإمضاء ، لأنّ الفلَس يمنعهُ من إحداث عقد ، أمّا من إمضائه ، وتنفيذ عقوده ، فلا ، وإن جُنِىَ على المُفلسِ جَنايةٌ توجب المال ، ثبت المالُ ، وتعلقّت حقوقُ الغرماء به ، ولا يصحّ منه العفوُ عنه . وإن كانت موجبةً للقصاص ، فهو مخيّر بين القصاص والعفو . ولا يُجْبَرُ على العفو على مالٍ . لأنّ ذلك يُفوّت القِصاصَ الذى يجب لمصلحته ، فإن اقتصّ لم يجب للغرماء شىء ، وإن عفا على مالٍ ثبت ، وتعلّقت حقوق الغرماء به ، وإن عفا مُطلقاً ، انبنى على الروايتين . فى موجب العمدِ إن قلنا : القِصاصُ خاصّةً ، لم يثبُت شىء ، وسقطالقِصاصُ ، وإن قلنا : أحدُ أمرين ، ثبت له الدّيةُ . وتعلقّت بها حقوق الغرماء ، وإن عفا على غير مالٍ ، فعلى الروايتين أيضاً ، فإن قلنا : القِصَاصُ عيناً ، لم يثبُت شىء . وإن قلنا : أحدُ الأمرين . ثبتت الديةُ ، ولم يصحّ إسقاطُه . لأنّ عفوَه عن القِصاص يُثبِتُ له الدّية . ولا يصحّ إسقاطُها ، وإن وهب هبةً بشرط الثواب ، ثم أفلس ، فبُذِل له الثوابُ . لزمه قبولُه ولم يمكن له إسقاطه ، لأنّه أخذه على سبيل العِوض عن الموهوب . فلزمه قبولُه ، كالثمن فى البيع . وليس له إسقاطُ شىء من ثمن مَبيعٍ ، أو أُجْرَةٍ فى إجارة ، ولا قبضهُ رديئاً ، ولا قبضُ المُسْلِم فيه دون صِفَاته ، إلاّ بإذن غُرمائه . ومذهبُ الشافعىّ فى هذا الفصل كلِّه كمذهبنا .

٣٤١٥ (فصل) إذا فُرِّق مال المفلس فهل ينفكُّ عنه الحَجْرُ بذلك ، أو يحتاج إلى فكّ الحَجر عنه ؟ فيه وجهان :

أحدها : يزولُ بقِسْمة ماله ، لأنّه حُجِرَ عليه لأجله ، فإذا زال مِلْكه عنه ، زال سبب الحَجْر ، فزال الحَجْر ، كزوال حَجْر المجنون ؛ لزوال جُنُونه .

والثانى : لا يزول إلا بحكم الحاكم ، لأنه ثبت بحكمه ، فلا يزولُ إلاّ بحكمه ، كالمحجور عليه لِسَفَهٍ . وفارق المجنونَ . فإنّه يثبُت بنفسه ، فزال بزواله ، ولأنّ فراغ ماله يحتاج إلى معرفة ، وبحث ، فوقف ذلك على الحاكم ، بخلاف المجنون .

٣٤١٦ (فصل) ومتى ثبت إعسارُه عند الحاكم لم يكن لأحدٍ مطالبتُه ولا مُلازَمَتُه وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : لغرمائه ملازَمَتُه من غير أن يمنعوه من الكسب ، فإذا رجع إلى بيته ، فأذِن لهم في الدخول ، دخلوا معه ، وإلاّ منعوه من الدخول ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدُ وَاللِّسَانُ » ولنا : أنَّ من ليس لصاحب الحق مُطالبته لم يكن له ملازَمَتُه ، كما لو كان دينُه مُؤَجَّلا ، وقولُ الله تعالى (فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) ومن وجب إنظارُه حَرُمت ملازمتُه ، كمن دَيْنُه مؤجّل ، والحديثُ فيه مقال ، قاله ابن المنذر ، ثم نحمله على الموسر ، بدليل ما ذكرنا ، فقد ثبت أنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال لغرماء الذي أُصيبَ في ثمارٍ ابتاعها ، فكثُرَ دَيْنُه « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلاَّ ذَلِكَ » رواه مسلم ، والترمذيّ . وإن فُكَّ الحَجْرُ عنه ، لم يكن لأحدٍ مطالبته ولا ملازمتُه ، حتّى يملك مالاً ، فإن جاء الغرماء عَقيب فكّ الحجر عنه ، فادّعَوْا أن له مالاً ، لم يُلتفت إلى قولهم ، حتّى يُثبِتُوا سببه ، فإن جاءوا بعد مُدَّة فادّعوا أنَّ في يده مالاً ، أو ادّعَوْا ذلك عَقيب فكّ الحَجْر ، وبيّنوا سببه ، أحْضَرهُ الحاكم وسأله . فإن أنكر فالقولُ قولُه مع يمينه ، لأنّه ما فُكَّ الحجرُ عنه حتّى لَمْ يبقَ له شيء ، وإن أقرَّ ، وقال: هو لفلان، وأنا وكيلُه، أو مضاربُه، وكان المقرُّ له حاضراً ، سأله الحاكمُ ، فإن صدّقه فهو له ، ويستحلفه الحاكمُ ، لجواز أن يكونا تواطآ على ذلك ، ليدفع المطالبةَ عن المُفلس ، وإن قال: ما هو لى ، عرفنا كَذِب المُفلس ، فيَصيرُ كأنه قال : المالُ لى ، فيُعاد الحجرُ عليه ، إن طلب الغرماء ذلك . وإن أقرّ لغائبٍ أُقِرّ في يديه ، حتّى يحضُر الغائب ، فيُسأل ، كما حكمنا في الحاضر ، ومتى أُعِيد الحَجْرُ عليه لديون تجدّدت عليه شارك غرماء الحَجْرِ الأول غُرَماء الحَجْرِ الثاني . إلا أن الأولين يَضْرِبُون ببقيّة دُيونهم ، والآخَرِين يَضْرِبُون بجَميعها . وبهذا قال الشافعيّ ، وقال مالك : لا يدخُل غرماء الحَجْرِ الأوّل على هؤلاء الذين تجدّدت حقوقهم حتى يَسْتَوْفُوا إلا أن تكون له فائدة من ميراث ، أو يُجْنَى عليه جناية ، فيتحاصّ الغرماء فيه .

ولنا : أنهم تساوَوْا في ثُبوت حقوقهم في ذمّته ، فتساوَوْا في الاستحقاق ، كالذين تثبُت حقوقُهم في حَجْرٍ واحدٍ ، ولتساويهم في الميراث ، وأرش الجناية ، ولأنَّ مكسبه مالٌ له ، فتساوَوْا فيه كالميراث .

٣٤١٧ « مسألة » قال ﴿ ومن وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حُبس إلى أن يأتي ببيِّنة تشهدُ بعُسْرته ﴾

وجملته : أن من وجب عليه دينٌ حالٌّ فطولب به ، ولم يُؤدّه ، نَظر الحاكمُ . فإن كان في يده مالٌ ظاهرٌ ، أمره بالقضاء . فإن ذكر أنه لغيره . فقد ذكرنا حكمه في الفصل الذي قبل هذا . وإن لم يجد له مالاً ظاهراً فادّعى الإعسارَ . فصدّقه غريمُه لم يُحْبَسْ ووجب إنظارُه . ولم تجُز ملازَمتُه . لقول الله تعالى :

(وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) ولقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم لغرماء الذى كثُر دَينُه « خُذُوا مَاوَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلاَّ ذَلِكَ » ولأنّ الحبس إمّا أن يكون لإثبات عُسرته ، أو لقضاء دينه ، وعُسرته ثابتة والقضاء متعذّر . فلا فائدةَ فى الحبس ، وإن كذّبه غريمُه ، فلا يخلو : إمّا أن يكون عُرِف له مالٌ أو لم يُعرف ، فإن عُرف له مال ، لكون الدين ثبت عن مُعاوَضَة كالقرض ، والبيع ، أو عُرِف له أصلُ مالٍ سوى هذا . فالقولُ قولُ غريمه ، مع يمينه . فإذا حلف أنّه ذو مالٍ حُبِس حتى تَشهد البيّنة بإعساره . قال ابن المنذر : أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار ، وقُضاتهم يرون الحبس فى الدَّين ، منهم مالك ، والشافعيُّ وأبو عُبَيد ، والنّعمان ، وسَوّار ، وعُبَيد الله بن الحسن ، ورُوى عن شريح ، والشعبيّ ، وكان عمر بن عبد العزيز يقول : يُقَسَّمُ مالُه بين الغرماء ، ولا يُحبس ، وبه قال عبدالله ابن جعفر ، والليثُ بن سعد ، ولنا أن الظاهر قولُ الغريم ، فكان القولُ قولَه كسائر الدعاوى ، فإن شهدت البيّنة بتلَف ماله قُبِلتْ شهادتُهم ، سواء كانت من أهل الخِبْرة الباطِنَة . أو لم تكن لأنّ التلف يطلع عليه أهلُ الخبرة . وغيرُهم . وإن طلب الغريمُ إحلافَه على ذلك . لم يُجَبْ إليه . لأنّ ذلك تكذيبٌ للبيّنة وإن شهدت مع ذلك بالإعسار ، اكتُفى بشهادتها ، وثبتت عُسْرَتُه ، وإن لم تشهد بعُسْرَته ، وإنما شهدت بالتلَف لا غيرُ ، وطَلب الغريمُ يمينه على عُسْرِه ، وأنّه ليس له مال آخرُ ، استُحْلِفَ على ذلك ، لأنه غيرُ ما شهدت به البيّنة ، وإن لم تشهد بالتلف ، وإنّما شهدت بالإعسار لم تُقبل الشهادةُ إلاّ من ذى خِبْرَةٍ باطِنَةٍ ، ومعرفةٍ مُتقادِمَةٍ ، لأنّ هذا من الأمور الباطنة ، لا يطّلعُ عليه فى الغالب إلاّ أهلُ الخِبْرَةِ ، والمخالطة ، وهذا مذهبُ الشافعيّ ، وحُكى عن مالك : أنّه قال : لا تُسمعُ البيّنة على الإعسار ، لأنّها شهادةٌ على النفى ، فلم تُسْمَعْ ، كالشهادة على أنه لا دَيْن عليه .

ولنا : ما روى قَبِيصَةُ بن المُخارِق : أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال له « يا قَبِيصَةُ ، إنّ الْمَسْأَلَةَ لاَ تَحِلُّ إلاّ لأَحَدِ ثَلاَثَةٍ : رَجُلٍ تَحَمَّلَ حَمَالَةً فَحَلَّتْ « له » [1] الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَها ، ثم يُمْسِكَ ، وَرَجُلٍ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَاجْتَاحَتْ مَالَهُ ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قَوَامًا مِنْ عَيْشٍ — أَوْ قَالَ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ — وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتى يَقُولَ ثَلاَثَةٌ مِنْ ذَوِى الْحِجَى مِنْ قَوْمِهِ : لَقَدْ أَصَابَتْ فُلاَنًا فَاقَةٌ ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتى يُصِيبَ قَوَامًا مِنْ عَيْشٍ أَوْ قَالَ : سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ » رواه مسلم ، وأبو داود . وقولهم : إنّ الشهادَة على النفى لا تُقبل ، قلنا : لا تردّ مطلقاً ، فإنّه لو شهدت البيّنةُ أنّ هذا وارثُ الميّت لا وارث له سواه ، قُبِلت . ولأنّ هذه ، وإن كانت تتضمّن النفى ، فهى تُثبت حالةً تظهرُ ، ويُوقَفُ عليها بالمشاهدة ، بخلاف ما إذا شهدت أنه لا حقّ له ، فإنّ هذا مما لا يُوقَفُ عليه ،

---

(١) لفظ له ساقط من الطبعة التى علقنا عليها ولم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

ولا يَشْهَدُ به حال، يتوصَّل بها إلى مَعرفته به، بخلاف مسألتنا . وتُسمع البيِّنة فى الحال، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : لا تُسمعُ فى الحال ، وَيُحْبَسُ شهراً ، ورُوى ثلاثةَ أشهرُ ، ورُوى أربعة أشهر ، حَتى يَغلب على ظنّ الحاكم أنّه لو كان له مالٌ لأظهره . ولنا أنّ كلّ بَيِّنة جاز سماعُها بعد مُدَّةٍ جاز سماعُها فى الحال ، كسائر البيِّنات ، وما ذكروه لو كان صحيحاً لأغنى عن البيِّنة ، فإن قال الغريم : أَحْلِفُوه لى مع يمينه : أنه لا مال له ، لم يُسْتَحْلَفْ فى ظاهر كلام أحمد . لأنه قال فى رواية إسحاق بن إبراهيم ، فى رجل جاء بشهودٍ على حقّ ، فقال الغريمُ : استحلفوه : لا يُسْتَحْلَفُ ، لأنّ ظاهر الحديث « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِى ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » قال القاضى : سواء شَهِدَتِ البَيِّنةُ بتلَف المالِ ، أو بالإعسار ، وهذا أحدُ قولى الشافعىّ ، لأنّها بيِّنةٌ مقبولة ، فلم يُسْتَحْلَفْ معها ، كما لو شهدت بأنّ هذا عبدُه ، أو هذه دارُه ، ويحتمل أن يُستحلف ، وهذا القولُ الثانى للشافعىّ ، لأنه يحتملُ أنّ لَه مالاً خَفِىَ على البيِّنة ، ويصحّ عندى إلزامُه اليمينَ على الإعسار ، فيما إذا شهدت البيِّنة بتلَف المال ، وسقوطُها عنه ، فيما إذا شهدت بالإعسار ، لأنّها إذا شهدت بالتلف صار كمَن لم يثبُت له أصلُ مالٍ ، أو بمنزلة من أقرّ له غريمُه بتلف ذلك المال ، وادَّعى أنّ له مالاً سواه ، أو أنه استحدث مالاً بعد تلفه ، ولو لم تقم البيِّنة ، وأقرّ له غريمُه بتلف ماله ، وادّعى أنّ له مالاً سواه ، لزمتهُ اليمينُ ، فكذلك إذا قامت به البيِّنة ، فإنّها لا تزيدُ عَلَى الإقرار ، وإن كان الحقّ يثبُت عليه فى غير مُقابلةِ مالٍ ، أخذه ، كأرش جناية ، وقيمةُ متلَفٍ ، ومَهْرٍ ، أو ضَمانٍ ، أو كَفالةٍ ، أو عِوَضِ خُلْعٍ ، إن كان امرأةً ، وإن لم يُعرف له مالٌ ، حلف أنّه لا مال له ، وخُلِّى سبيلُه ، ولم يُحبس ، وهذا قول الشافعىّ ، وابن المنذر ، فإن شهدت البيِّنة بإعساره ، قُبلت ، ولم يُستحلف معها ، لما تقدّم ، وإن شهدت أنه كان له مال ، فتلف ، لم يُسْتَغْنَ بذلك عن يمينه ، لما ذكرناه . وكذلك لو أقرّ له به غريمُه ، وإنّما اكتفينا بيمينه ، لأنّ الأصلَ عدمُ المال . لما رُوى أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال لِحَبَّةَ وَسَوَاءٍ ابْنَىْ خالد بن سَوَاء « لاَ تَيْئَسَا مِنَ الرِّزْقِ مَا اهْتَزَّتْ رُءُوسُكُمَا فَإِنَّ ابْنَ آدَمَ يُخْلَقُ وَلَيْسَ لَهُ إِلاَّ قِشْرَتَاهُ[1] ، ثُمَّ يَرْزُقُهُ اللهُ تعالَى » قال ابنُ المنذر : الحبسُ عقوبةٌ ، ولا نعلم له ذنباً يُعاقب به ، والأصلُ عدمُ ماله ، بخلاف المسألة الأولى. فإنّ

---

(١) قشرتاه : ثوباه ، أى أن الله يخلق بن آدم لا يملك شيئاً سوى ثوبيه ، وكان لباس العرب ثوبين إزاراً ورداء، ومما يفسر ذلك ما ورد فى حديث معاذ بن عفراء ، وقد أرسل له عمر رضى الله عنه حلة ، فباعها واشترى بها خمسة أرؤس من الرقيق فأعتقهم ، ثم قال : إن رجلا آثر قشرتين يلبسهما على عتق هؤلاء لغبين الرأى ، أراد بالقشرتين الثوبين لأن الحلة ثوبان إزار ورداء ، ومعنى غبين الرأى ، ضعيف الرأى .

الأصل ثبوت ماله ، فيُحْبَسُ حتّى يُعلم ذهابه . والخرَقىّ لم يفرق بين الحالين ، لكنَّه يُحمل كلامه على ما ذكرنا ، لقيام الدليل على الفرق .

٣٤١٨ (فصل) إذا امتنع الموسر من قضاء الدين فلغريمه ملازمتُه ، ومطالبتُه ، والإغلاظ له بالقول. فيقول : يا ظالم ، يا معتدى، ونحو ذلك ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَىُّ[1] الوَاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَه ، وعِرْضَهُ » فعقوبتُه حَبْسُه ، وعِرْضُه ، أى يَحِلُّ القولُ فى عِرْضه بالإغلاظ ، وقال النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَطْلُ الغَنِىِّ ظُلْمٌ » وقال : « إنَّ لِصَاحِبِ الحَقِّ مَقَالاً » .

٣٤١٩ « مسألة » قال : ﴿ وإذا مات فتبيَّن أنه كان مُفلساً ، لم يكن لأحدٍ من الغرماء أن يأخُذ عينَ ماله ﴾ .

هذا الشرط الخامس لاستحقاق استرجاع عين المال من المفلس ، وهو أن يكون حيًّا،فإن مات ، فالبائعُ أسوةُ الغرماء ، سواء علم بفَلَسه قبلَ الموت ، فحجرَ عليه ، ثم مات ، أومات فتبيَّن فَلَسُه. وبهذا قال مالك، وإسحاق . وقال الشافعىُّ : له الفسخُ ، واسترجاعُ العين ، لما رَوى ابنُ خَلْدَةَ[2] الزُّرَقِىّ قاضى المدينة ، قال : « أتَيْنا أبَا هُرَيْرَة فى صَاحِبٍ لَنَا قَدْ أفْلَس ، فقال أبو هريرة : هَذَا الذى قَضَى فيهِ رَسول اللهِ صلَّى اللهُ عَليهِ وسلَّم : أيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أوْ أفْلَسَ ، فَصَاحِبُ المَتَاعِ أحَقُّ بِمَتَاعِهِ ، إذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ » رواه أبو داود ، وابن ماجه . واحتجُّوا بعمُوم قوله عليه السلام « مَنْ أدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أوْ إنسَانٍ قَدْ أفْلَسَ فَهُوَ أحَقُّ بِهِ » ولأنّ هــذا العقد يلحقه الفسخُ بالإقالة ، فجاز فسخُه لتعذُّر العِوَض ، كما لو تعذَّر المُسْلَمُ فيه ، ولأنّ الفَلَس سببٌ لاستحقاق الفسخ ، فجاز الفسخُ به بعد الموت ، كالعيب .

ولنــا : ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن ، بن الحارث ، بن هشام ، عن أبى هريرة ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم فى حديث المُفْلِس « فَإنْ مَاتَ فَصَاحِبُ المَتَاعِ أسْوَةُ الغُرَمَاءِ » رواه أبو داود ، وروى أبو اليمان ، عن الزُّبَيْدِىِّ ، عن الزهرىّ ، عن أبى سَلَمة ، عن أبى هريرة،قال : قالَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وسَلَّم « أيُّما امْرِىءٍ مَاتَ ، وَعِنْدَهُ مَالُ امْرِىءٍ بِعَيْنِهِ ، اقْتَضَى مِنْ ثَمَنِهِ شَيئًا، أوْ لَمْ يَقْتَضِ، فَهُوَ أسْوَةُ الغُرَمَاءِ » رواه ابن ماجه . ولأنّه تعلّق به حقُّ غيرِ المفلس ، والغرماءِ ، وهم الورثة ، فأشبه المرهون ، وحديثهم مجهول الإسناد . قاله ابنُ المنذر ، قال ابن عبد البرِّ يرويه أبو المُعْتمِر ، عن الزُّرَقِىّ ،

---

(١) لى الواجد : اللى : التثاقل عن دفع الحق والمماطلة فيه ، والواجد الملىء غير المعسر، وهو الذى يستطيع دفع ما عليه من الحق .

(٢) ابن خلدة : اسمه عمرو وهو بفتح الخاء وسكون اللام ويجوز فتحها .

وأبو المُعْتَمِر غيرُ معروف بحَمْل العلم ، ثمّ هو غيرُ معمول به إجماعاً ، فإنّه جَعل المتاع لصاحبه ، بمجرّد موت المشترى ، من غير شرط فَلَسه ، ولا تعذّر وفائه ، ولا عدم قبض ثمنه . والأمرُ بخلاف ذلك عند جميع العلماء ، إلا ما حُكى عن الإصْطَخْرى من أصحاب الشافعىّ : أنّه قال : لصاحب السلعة أن يرجع فيها إذا مات المشترى ، وإن خَلّفَ وفاء . وهذا شذوذ عن أقوال أهل العلم ، وخلافٌ للسنّة ، لا يُعرّج على مثله . وأما الحديث الآخرُ ، فنقول به ، وأنّ صاحب المتاع أحقّ به إذا وجده عند المُفلس . وما وجده فى مسألتنا عنده ، وإنما وجده عند ورثته ، فلا يتناوله الخبرُ . وإنّما يدلّ بمفهومه على أنّه لا يستحقّ الرجوع فيه ، ثم هو مُطلق ، وحديثنا يُقيّده ، وفيه زيادة ، والزيادةُ من الثقة مقبولةٌ . وتُفارق حالةُ الحياةِ حالَ الموت ، لأمرين :

أحدهما : أن الملك فى الحياة للمفلس ، وههنا لغيره .

والثانى : أن ذمّة المفلس خَربت ههنا خراباً لا يعودُ فاختصاص هذا بالعين يَستضِرّ به الغرماء كثيراً بخلاف حالة الحياة .

٣٤٢٠ « مسألة » قال ﴿ ومن أراد سفراً وعليه حقّ يُستَحَقّ قبل مُدة سفره فلصاحب الحقّ منعُه ﴾

وجملة ذلك . أن من عليه الدينُ إذا أراد السفر ، وأراد غريمُه منعَه ، نظرنا فإن كان مَحِلّ الدين قبل مَحِلّ قدومه من السفر ، مثلُ أن يكون سفره إلى الحجّ ، لا يقدَمَ إلا فى صفر ، ودينُه يحلّ فى المُحرّم ، أو ذى الحِجّة ، فله منعهُ من السفر . لأنّ عليه ضرراً فى تأخير حقّه عن محِلّه . فإن أقام ضميناً مليئاً ، أو دفع رهناً يفى بالدين عند المحِلّ ، فله السفر ، لأنّ الضرر يزولُ بذلك . وأمّا إن كان الدينُ لا يحلّ إلا بعد محل السفر ، مثلُ أن يكون مَحِلّه فى ربيع ، وقدومُه فى صفر ، نظرنا . فإن كان سفره إلى الجهاد ، فله منعه إلاّ بضمين ، أو رهن ، لأنّه سفرٌ يتعرّض فيه للشهادة ، وذهاب النفس ، فلا يأمن فواتَ الحقّ ، وإن كان السفر لغير الجهاد ، فظاهرُ كلام الخِرَقىّ أنّه ليس له منعُه ، وهو أحد الروايتين عن أحمد . لأنّ هذا السفر ليس بأمارة على منع الحقّ فى مَحِلّه ، فلم يملك منعهمنه ، كالسفر القصير ، وكالسعى إلى الجمعة ،وقال الشافعىّ : ليس له منعُه من السفر ، ولا المطالبةُ بكفيل ، إذا كان الدينُ مؤجّلاً بحال ، سواء كان الدينُ يحلّ قبل محلّ سفره ، أو بعده ، أو إلى الجهاد أو إلى غيره . لأنه لا يملك المطالبة بالدين ، فلم يملك منعَه من السفر ، ولا المطالبة بكفيل ، كالسفر الآمن القصير .

ولنا : أنه سفر يمنعُ استيفاء الدين فى محلّه ، فملك منعَه منه ، إن لم يُوثّقه بكَفِيل ، أو رَهْن ، كالسفر بعد حُلول الحق . ولأنّه لا يملكُ تأخير الدين عن مَحِلّه . وفى السفر المختلف فيه تأخيرُه عن مَحِلّه ، فلم يملكه كجَحْده .

كتاب الحجر

الحَجْرُ في اللغة : المنعُ ، والتضييقُ ، ومنه سُمّي الحرامُ حَجْراً ، قال الله تعالى: (٢٥ : ٢٢ وَيَقُولُونَ حِجْراً مَحْجُوراً) أي حَراماً مُحَرَّماً و يُسمّى العقلُ حِجراً ، قال الله تعالى (٨٩ : ٥ هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ ؟) أي عقل . سمي حِجراً لأنه يمنعُ صاحبه من ارتكاب مايقبُح ، وتضرّ عاقبته ، وهو فى الشريعة منعُ الإنسان من التصرُّف في ماله . والحَجْرُ على ضربين : حَجْرٌ على الإنسان لحقّ نفسه ،وحجْرٌ عليه لحقّ غيره، فالحجرُ عليه لحقّ غيره،كالحجر على المُفلس ،لحقّ غرمائه ، وعلى المريض فى التبرّع بزيادة على الثُلث، أو التبرّع بشيء لوارثٍ ، لحقّ ورثته،وعلى المكاتَب والعبد لحقّ سَيدهما ، والراهنُ، يُحْجَرُ عليه فى الرهْنِ لِحقّ المرْتهِن. ولهؤلاء أبوابٌ يُذكرون فيها ، وأمّا المحجورُ عليه لحقّ نفسه فثلاثة : الصبيّ، والمجنون، والسَّفيهُ . وهذا البابُ مختصّ بهؤلاء الثلاثة . والحَجْرُ عليهم حَجْرٌ عامٌّ . لأنهم يمنعون التصرّف فى أموالهم ، وذِممِهم . والأصلُ فى الحجر عليهم قولُ الله تعالى : (٤ : ٥ وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ الَّتِي جَعَلَ اللهُ لَكُمْ قِياماً) والآيةُ التى بعدها،قال سعيدُ بنُ جُبَيْرٍ وعِكْرَمةُ : هو مال اليتيم عندك ،لاتؤْتِه إيّاهُ وأنْفِقْ عليه . وإنّما أضاف الأموالَ إلى الأولياء ، وهى لغيرهم ، لأنّهم قُوّامُها ومُدبّروها . وقوله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى)يعنى اختبروهم فى حفظهم لأموالهم (حَتّى إذا بَلَغُوا النِّكَاحَ) أى مَبْلَغ الرجال ،والنساء (فَإِنْ آنَسْتُم مِنْهُمْ رُشْداً) أي أبصرتم ، وعلمتم منهم حفظاً لأموالهم ، وصَلاحاً فى تدبير معايشهم .

٣٤٢١ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ومن أونِس منهُ رشدٌ دُفِع إليه مالُه إذا كان قد بلغ﴾ الكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

أحدها : فى وجوب دفع المال إلى المحجور عليه إذا رَشَدَ وبَلَغ . وليس فيه اختلاف بحمد الله تعالى . قال ابن المنذر : اتفقوا على ذلك : وقد أمر الله تعالى به فى نصّ كتابه ، بقوله سبحانه (٤ : ٦ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ، فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً ، فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) ولأنّ الحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرُّف فى ماله على وجه المصلحة ، حفظاً لما له عليه . وبهذين المعنَيَيْن يقدرُ على التصرُّف ويحفظ ماله ، فيزُول الحجرُ ، لزوال سببه . ولا يُعتبر فى زوال الحَجْر عن المجنون إذا عَقَل حكمُ حاكمٍ ، بغير خلاف . ولا يُعتبر ذلك فى الصبيّ إذا رَشَدَ ، وبلغ . وبهذا قال الشافعيّ . وقال مالك : لا يزول إلاّ بحاكم ، وهو قول بعض أصحاب الشافعيّ . لأنّه موضعُ اجتهادٍ ، ونَظَر . فإنّه يُحتاج فى معرفة البلوغ ، والرُّشد إلى اجتهادٍ ، فيوقف ذلك على حكم الحاكم ، كزوال الحَجْرِ عن السفيه .

ولنا : أن الله تعالى أمر بدفع أموالهم إليهم عند البلوغ ، وإيناس الرُّشْدِ ، فاشتراط حكم الحاكم زيادةٌ

تمنعُ الدفعَ عند وجوب ذلك ، بدون حكم الحاكم . وهذا خلافُ النصّ . ولأنه حجر بغير حكم حاكم ، فيزول بغير حكمه ، كالحجر على المجنون ، وبهذا فارق السفيه . وقد ذكر أبو الخطّاب : أنّ الحجر على السفيه يزولُ بزوال السَّفَه . والأولُ أولى ، فصار الحجرُ مُنقسماً إلى ثلاثة أقسام : قِسْمٌ يزول بغير حكم حاكم ، وهو حجر المجنون . وقسمٌ لا يزول إلا بحاكم ، وهو حَجْرُ السَّفيه . وقِسْمٌ فيه الخلافُ ، وهو حَجْرُ الصبيّ .

الفصل الثانى : أنّه لا يدفع إليه ماله قبل وجود الأمرين : البلوغُ ، والرشد ، ولو صار شيخاً . وهذا قولُ أكثرِ أهل العلم . قال ابن المنذر : أكثرُ علماء الأمصار من أهل الحجاز ، والعراق ، والشام ، ومصر ، يرون الحَجْرَ على كلّ مضيِّع لماله ، صغيراً كان أو كبيراً . وهذا قولُ القاسم بن محمد بن أبى بكر الصدِّيق . وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد . ورَوَى الجَوْزَجَانِىّ ، فى كتابه ، قال : كان القاسمُ بنُ محمد يلِى أمرَ شيخٍ من قريش ذى أَهْلٍ ، ومالٍ ، فلا يَجُوز له أمرٌ فى ماله دونه ، لضعف عقله . قال ابن إسحاق : رأيتُه شيخاً يَخْضِبُ ، وقد جاء إلى القاسم بن محمد ، فقال : ياأبا محمد ، ادفع إلىّ مالى ، فإنّه لا يُولَّى على مثلى ، فقال : إنّكَ فاسِدٌ . فقال : امرأتُه طالقٌ أَلْبَتَّةَ ، وكلّ مملوك لهُ حرٌ إنْ لَمْ تَدْفَعْ إلَىَّ مَالِى . فقال له القاسم بن محمد : وَمَا يَحِلّ لنا أن ندفَع إليك مالك على حالك هذه ، فبعث إلى امرأته ، وقال : هى حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ ، وما كنتُ لأَحْبِسَها عليك ، وقد فُهْتَ بِطَلاقِها ، فأرسل إليها ، فأخبرها ذلك ، وقال : أَمَّا رَقِيقُكَ فَلا عِتْقَ لك ، ولا كَرَامَة ، فحَبَسَ رَقِيقَه . قال ابن إسحاق : ما كان يُعابُ على الرجل إلا سَفَهُهُ ، وقال أبو حنيفة : لا يُدفع ماله إليه قبل خمسٍ وعشرين سنة ، وإن تصرّف نَفَذَ تصرّفه . فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة فُكَّ عنه الحَجْرُ ، ودُفع إليه مالُه ، لقول الله تعالى (٦ : ١٥٢ وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إلاَّ بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ، حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ) وهذا قد بلغ أشُدّه ، ويصلح أن يكون جدّاً . ولأنه حُرٌّ ، بالغ ، عاقل ، مكلف ، فلا يُحجَر عليه ، كالرشيد .

ولنا : قول الله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) علّق الدفع على شرطين . والحكم المعلّق على شرطين لا يثبُت بدونهما . وقال الله تعالى : (وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ) يعنى أموالهم : وقول الله تعالى (٢ : ٢٨٢ فَإِنْ كَانَ الذى عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً ، أو ضَعِيفاً ، أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ)فأثبت الولاية على السفيه،ولأنه مُبذِّر لماله،فلا يجوز دفعُه إليه ، كمن له دون ذلك ، وأمّا الآيةُ التى احتجّ بها ، فإنما تدلّ بدليل خطابها ، وهو لا يقول به ، ثم هى مخصّصة فيما قبل خمس وعشرين سنةً بالإجماع ، لعلّة السفه ، وهو موجود بعد خمس وعشرين ، فيجبُ أن تُخصّ به أيضاً . كما أنّها لمّا خُصّصت فى حقّ المجنون ، لأجل جنونه قبل

خمس وعشرين ، خُصَّت أيضاً بعد خمس وعشرين ، وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدلّ به من المفهوم المخصّص ، وما ذكروه من كونه جَدًّا ليس تحته معنًى يقتضي الحُكْمَ ، ولا له أصل يشهدُ له فى الشرع . فهو إثباتٌ للحكم بالتحكّم . ثم هو مُتَصَوَّرٌ فيمن له دون هذه السّن . فإن المرأة تكون جَدَّةً لإحدى وعشرين سنةً ،وقياسُهم منتقضٌ بمن له دون خمس وعشرين سنة ، وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجبُه بعدها . إذا ثبت هذا ، فإنه لا يصحّ تصرُّفه ، ولا إقراره ، وقال أبو حنيفة : يصحّ بيعُه وإقراره ، وإنما لا يُسلّم إليه ماله . لأنّ البالغ عنده لا يُحجرُ عليه ، وإنما منع تسليمُ ماله إليه للآية . وقال أصحابُنا فى إقراره : يلزمُه بعد فكِّ الحَجْر عنه إذا كان بالغاً .

ولنا : أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رُشْده . فلا يصحّ تصرّفه ، وإقرارُه ، كالصبىّ ، والمجنون . ولأنّه إذا نفذ تصرّفه ، وإقرارُه ، تلف مالُه . ولم يفد منعُه من ماله شيئاً . ولأنّ تصرّفه لو كان نافذاً لسُلِّم إليه مالُه ، كالرشيد . فإنّه إنما يمنع ماله حفظاً له . فإذا لم يتحفّظ بالمنع ، وجب تسليمُه إليه بحُكم الأصل .

(الفصل الثالث فى البلوغ) ويحصُل فى حقّ الغُلام ، والجارية ، بأحد ثلاثة أشياء ، وفى حقّ الجارية بشيئين ، يختصّان بها . أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى : فأوَّلها خروج المنىّ من قُبُلِهِ ، وهو الماء الدفقُ الذى يُخلَقُ منه الولد . فكيفما خرج ، فى يقظةٍ ، أو منامٍ ، بجماع ، أو احتلام ، أو غير ذلك ، حصل به البلوغ . لا نعلم فى ذلك اختلافاً ، لقول الله تعالى (وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنوا ، (وقوله)،«(والَّذِينَ لم يَبْلُغُوا الحُلُمَ مِنْكُمْ) وقول النبىّ صلىّ الله عليه وسلم : « رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ ، عَنِ الصَّبىِّ حَتّىَ يَحْتَلِمَ » وقوله عليه السلام لمُعاذ « خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَاراً » رواهما أبو داود . قال ابن المنذر : وأجمعوا على أن الفرائض ، والأحكام تجب على المحتلم العاقل ، وعلى المرأة بظهور الحيض منها . وأما الإنبات ، فهو أنَ يَنبُتَ الشعرُ الخَشِنُ حولَ ذكَر الرجُل ، أو فَرْج المرأة ، الذى استحقّ أخذَه بالموسى . وأما الزَّغَبُ الضعيفُ ، فلا اعتبار به ، فإنّه يَنبُت فى حقّ الصغير ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، فى قولٍ ، وقال فى الآخر : هو بلوغ فى حقّ المشركين ، وهل هو بلوغ فى حقّ المسلمين ؟ فيه قولان . وقال أبو حنيفة : لا اعتبار به ، لأنّه نباتُ شعر . فأشبه نبات شعر سائر البدن .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم لما حَكَّم سعدَ بنَ مُعاذٍ فى بنى قُرَيْظَةَ : « حَكَمَ بِأَنْ تُقْتَلَ مُقَاتِلَتُهُمْ ، وتُسْبىَ ذَرارِيهِمْ ، وَأَمرَ أَنْ يُكْشَفَ عَنْ مُؤْتَزَرِهِمْ ، فَمَنْ أَنْبَتَ فَهُوَ مِنَ المُقَاتِلَةِ ، وَمَنْ لَمْ يُنْبِتْ أَلْحَقُوهُ بِالذُّرِّيَّةِ » وقال عطيّة القُرَظِى : « عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللهِ صَلىّ الله عليه وسلم يَوْمَ قُرَيْظَةَ ، فَشَكُّوا فِىّ فَأَمَرَ النبىُّ صَلى اللهُ عَلَيهِ وَسَلم أَنْ يَنظُرُوا إِلىّ ، هَلْ أَنْبَتُّ بَعْدُ ؟ فَنظَرُوا إِلىَّ فَلَمْ يَجِدُونِى أَنْبَتُّ بَعْدُ ، فَأَلْحَقُونِى بِالذُّرِّيَّةِ » متفق على معناه ، وكتب عمر رضى الله عنه إلى عامله :

« أَنْ لَا تَأْخُذَ الْجِزْيَةَ إِلَّا مِمَّنْ جَرَتْ عَلَيْهِ الْمَوَاسِى ، وروى محمد بن يحيى بن حبّان : « أَنَّ غُلَامًا مِنَ الْأَنْصَارِ شَبَّبَ بِامْرَأَةٍ فِي شِعْرِهِ ، فَرُفِعَ إِلَى عُمَرَ ، فَلَمْ يَجِدْهُ أَنْبَتَ فَقَالَ : لَوْ أَنْبَتَّ الشَّعْرَ لَحَدَدْتُكَ » ولأنّه خارج يلازمه البلوغ غالباً ، ويستوى فيه الذكر ، والأنثى . فكان عَلَماً على البلوغ ، كالاحتلام . ولأنّ الخارج ضربان : متّصل ، ومنفصل . فلمّا كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كان كذلك المتّصل . وما كان بلوغاً فى حقّ المشركين ، كان بلوغاً فى حقّ المسلمين ، كالاحتلام ، والسنّ . وأما السنّ ، فإنّ البلوغ به فى الغلام ، والجارية بخمسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، وبهذا قال الأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال داود : لا حَدَّ للبلوغ من السنّ ، لقوله عليه السلام « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » وإثباتُ البلوغ بغيره يُخالفُ الخبر . وهذا قول مالك ، وقال أصحابه : سَبْعَ عَشْرَةَ أَوْ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ ، وروى عن أبى حنيفة فى الغلام روايتان :

إحداهما . سبع عشرة .

والثانية : ثمان عشرة ، والجارية سبعَ عَشْرة بكلِّ حالٍ . لأنّ الحد لا يثبت إلا بتوقيف ، أو اتفاق ، ولا توقيف فى هذا ، ولا اتفاق .

ولنا . أن ابن عمر قال « عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَمْ يُجِزْنِي فِي الْقِتَالِ ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ فَأَجَازَنِي » متفق عليه وفى لفظ « عُرِضْتُ عَلَيْهِ يَوْمَ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ فَرَدَّنِي وَلَمْ يَرَنِي بَلَغْتُ ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ عَامَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ فَأَجَازَنِي » فأخبرَ بهذا عمرُ بن عبد العزيز ، فكتب إلى عُمَّاله « أَنْ لَا تَفْرِضُوا إِلَّا لِمَنْ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ » رواه الشافعىّ فى مُسنده ، ورواه الترمذىُّ . وقال حديث حسن ، صحيح ، ورُوى عن أنس أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « إِذَا اسْتَكْمَلَ الْمَوْلُودُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً كُتِبَ مَالَهُ وَمَا عَلَيْهِ وَأُخِذَتْ مِنْهُ الْحُدُودُ » ولأنّ السنّ مَعْنًى يحصل بِهِ الْبلوغ ، يشترك فيه الغلامُ ، والجاريةُ ، فاستويا فيه كالإنزال . وما ذكره أصحابُ أبو حنيفة . ففيما رويناه جوابٌ عنه ، وما احتجّ به داودُ لا يمنع إثبات الْبلوغ بغير الاحتلام ، إذا ثبت بالدليل . ولهذا كان إنباتُ الشَّعْرِ عَلَماً عليه . وأما الحيضُ فهو عَلَم على البلوغ ، لا نعلم فيه خِلافاً . وقد قال النبىّ صلى الله عليه وسلم « لَا يَقْبَلُ اللهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ » رواه الترمذىّ ، وقال حديث حسن ، وأما الحملُ فهو عَلَم على البلوغ ، لأنّ الله تعالى أجرى العادة أنّ الولد لا يُخلَقُ إلاّ من ماءِ الرَّجُلِ ، وماء المرأة . قال الله تعالى : (٨٦ : ٥ — ٧ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ * يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ) وأخبر النبىّ صلى الله عليه وسلم بذلك فى الأحاديث ، فمتى حملت حُكِم ببلوغها فى الوقت الذى حَمَلَتْ فيه .

٣٤٢٢ (فصل) وإذا وُجِدَ خروج المنيّ من ذكر الْخُنْثَى المشكل ، فهو عَلَمٌ على بُلوغه وكونه رجلا ، وإن خرج من فرجه ، أو حاض ، فهو علم على بلوغه ، وكونه امرأةً . وقال القاضى : ليس واحد منهما علماً عَلَى البلوغ ، فإن اجتمعا فقد بلغ ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، لجواز أن يكون الفرجُ الذى خرج منه ذلك خِلْقَةً زائدةً .

ولنا : أن خروج البول من أحد الفرجين دليلٌ عَلَى كونه رجُلاً ، أو امرأةً ، فخروج المنيّ والحيض أولى . وإذا ثبت كونُه رجلاً خرج المنيّ من ذكره ، أو امرأةً خرج الحيضُ من فرجها ، لزم وجودُ البلوغ . ولأنّ خروج منيّ الرجل من المرأة ، والحيضَ من الرجل مُستحيل . فكان دليلاً عَلَى التعيين . فإذا ثبت التعيينُ . لزم كونه دليلاً عَلَى البلوغ ، كما لو تعيَّن قبـل خروجه ولأنه منيٌّ خارج من ذكر ، أو حيضٌ خارج من فرج . فـكان علماً عَلَى الْبلوغ ، كالمنيّ الخارج من الغُلام ، والحَيضِ الخارج من الجارية ، ولأنّهم سلّموا أن خروجهما معاً دليلٌ عَلَى البـلوغ ، فخروج أحدهما منفرداً أولى . لأن خروجهما معاً يقتضى تعارضُهما ، وإسقاط دلالتهما ، إذ لا يُتَصَوَّر أن يجتمع حيضٌ صحيحٌ ، ومنيّ رجل ، فيـلزمُ أن يكون أحدهما فَضْـلَةً خارجَة من غير محلّهَا ، وليس أحدُهما بذلك أولى من الآخر ، فتبطُل دلالتهما ، كالبيِّنتين إذا تعارضتا ، وكالبول إذا خرجَ من المخرجَين جميعاً ، بخلاف ما إذا وجد أحدهما منفرداً . فإنّ الله تعالى أجرى العادة بأن الحَيض يخرجُ من فرج المرأة عند بلوغها . ومنيّ الرجل يخرج من ذكره عنـد بلوغه . فإذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يثبُت حكمُه ، ويقضى بثبوت دلالته ، كالحكم بكونه رجلاً بخروج البول من ذكره ، وبكونِهِ امرأةً بخروجه من فرجها . والحكمُ للغلام بالبـلوغ بخروجُ المنىّ من ذكرهِ ، وللجارية بخروج الحيض من فرجِها . فعلى هذا إن خرجا معاً لم يثبُت كونه رجلا ، ولا امرأةً . لأن الدليلين تعارضا . فأشبه ما لو خرج البول من الفرجين ، وهل يثبت البلوغ بذلك ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يثبت ، وهو اختيار القاضى ، ومذهبُ الشـافعىّ . لأنه إن كان رجلا فقـد خرج المنىّ من ذكرهِ ، وإن كان امرأةً فقد حاضت .

والثانى . لا يثبت ، لأنه يجوز أن لا يكون هذا حَيْضاً ، ولا منيًّا ، فلا يكون فيه دِلاَلَةٌ ، وقد دلّ تعارضُهما على ذلك ، فانتفت دِلاَلتُهما على البلوغ ، كانتفاء دلالتهما على الذكورية ، والأنوثيّة . والله أعلم.

٣٤٢٣ « مسألة » قال ﴿ وكذلك الجارية وإن لم تَنْـكِحْ ﴾

يعنى أن الجارية إذا بلغت ، وأونِس رُشْدُها بعد بلوغها ، دُفِعَ إليها مالُها ، وزال الحجرُ عنها ، وإن لم تتزوّج ، وبهذا قال عطاء ، والثورىُّ ، وأبو حنيفة ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، ونقل أبو طالب عن أحمد : لا يُدفع إلى الجارية مالُها بعد بلوغها حتى تتزوّج ، وتلِد ، أو يمضى عليها سنةٌ فى بيت

الزوج . رُوى ذلك عن عمر ، وبه قال شُرَيح ، والشعبىّ ، وإسحاق . لما رُوى عن شُرَيْح أنه قال : « عَهِدَ إِلَيَّ عُمَرُ ابنُ الخطَّاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنْ لاَ أُجِيزَ لِجَارِيَةٍ عطِيَّةً حَتَّى تَحُولَ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا حَوْلاً ، أَوْ تَلِدَ وَلَداً » رواه سعيد فى سننه . ولا يُعرف له مخالف ، فصار إجماعاً . وقال مالك : لا يُدفع إليها مالُها حتى تتزوَّج ، ويدخُل عليها زوجُها . لأنَّ كلَّ حالة جاز للأب تزويجُها من غير إذنها ، لم ينفكّ عنها الحجرُ ، كالصغيرة .

ولنا : عموم قوله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) ولأنَّها يتيمٌ بلغ ، وأُونِس منه الرُّشْدُ ، فيُدفع إليه مالُه ، كالرجل . ولأنَّها بالغةٌ رشيدةٌ ، فجاز لها التصرُّف فى مالها ، كالتى دخلَ بها الزوج . وحديث عمر إن صحّ فلم يُعلم انتشارُه فى الصحابة . ولا يُترك به الكتابُ والقياسُ ، على أن حديث عمر مختصّ بمنع العطيَّة ، فلا يلزمُ منه المنعُ من تسليم مالها إليها ، ومنعِها من سائر التصرّفات . ومالكٌ لم يعمل به ، وإنما اعتمد على إجبار الأب لها على النِّكاح ، ولنا أن نمنع ذلك ، وإن سلَّمناه فإنَّما أجبرها على النكاح لأن اختيارها للنِّكاح ومصالحِه لا يُعلم إلا بمُباشرته ، والبيعُ ، والشراء ، والمعاملاتُ ممكنةٌ قبلَ النكاح ، وعلى هذه الرواية إذا لم تتزوَّج أصلاً احتمل أن يدومَ الحجرُ عليها . عملاً بعموم حديث عمر ، ولأنه لم يوجد شرطُ دفعِ مالها إليها ، فلم يجُز دفعُهُ إليها ، كما لو لم ترشُد ، وقال القاضى : عندى أنه يُدفع إليها مالُها إذا عَنَست وبَرَزَتْ للرجال ، يعنى كبِرت .

٣٤٢٤ (فصل) وظاهر كلام الخرَقىّ : أن للمرأة الرشيدة التصرُّف فى مالها كلّه بالتبرّع والمعاوضة . وهذا إحدى الروايتين عن أحمد . وهو مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعىّ ، وابن المنذر ، وعن أحمد روايةٌ أخرى : ليس لها أن تتصرّف فى مالها بزيادة على الثلث بغير عوض ، إلاّ بإذن زوجها ، وبه قال مالك . وحُكى عنه فى امرأة حلفت أن تُعْتِقَ جاريةً لها وليس لها غيرُها ، فحَنِثَت ، ولها زوجٌ فردّ ذلك عليها زوجُها ، قال : له أن يَرُدّ عليها ، وليس لها عِتقٌ لما رُوى « أَنَّ امْرَأَةَ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ أَتتِ النبىّ صلى اللهُ عليهِ وَسلم بِحَلْيٍ لَهَا فَقَالَ لَهَا النبىّ صلى اللهُ عليهِ وَسلم : لاَ يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ عَطِيَّةٌ حَتَّى يَأْذَنَ زَوْجُهَا ، فَهَلِ اسْتَأْذَنْتِ كَعْباً ؟ فَقَالَتْ : نَعَمْ ، فَبَعَثَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم إلى كَعْبٍ ، فقال : هَلْ أَذِنْتَ لَهَا أَنْ تَتَصَدَّقَ بِحَلْيِهَا ؟ قال : نَعَمْ : فَقَبِلَهُ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ » رواه ابن ماجه ، ورُوى أيضاً عن عمرو بن شُعَيْب ، عن أبيه ، عن جدِّه : أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم قال فى خُطْبَةٍ خَطَبَها « لاَ يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ فِى مَالِهَا إِلاَّ بِإِذْنِ زَوْجِهَا إِذْ هُوَ مَالِكُ عِصْمَتِهَا » رواه أبو داود . ولفظُه عن عبد الله بن عمرو : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

« لاَ يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ إِلاَّ بِإِذْنِ زَوْجِهَا » ولأنّ حقّ الزوج متعلّق بمالها . فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِمَالِهَا ، وَجَمَالِهَا ودِينِهَا » والعادةُ أنّ الزوج يزيدُ فى مهرها من أجل مالها ، ويتبسّط فيه ، وينتفع به ، فإذا أعسر بالنفقة أنظرتْهُ ، فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلّقة بمال المريض .

ولنا : قوله تعالى (فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ، فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) وهو ظاهرٌ فى فكّ الحَجْر عنهم ، وإطلاقهم فى التصرّف . وقد ثبت أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « يَامَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ ، وَلَوْ مِنْ حُلِيِّكُنَّ » وأنّهن تصدّقنَ فقبِلَ صدقتهنّ ولم يسأل ، ولم يَسْتَفْصِل ، وأتته زينبُ امرأةُ عبد الله ، وامرأةٌ أخرى اسمُها زينب ، فسألته عن الصدقة : هل يُجزِيهنّ أن يتصدّقنَ على أزْوَاجِهِنّ ، وأيتامٍ لهنّ ؟ فقال : « نَعَمْ » ولم يذكر لهنّ هذا الشرط ، ولأنّ من وجب دفعُ ماله إليه لرُشْده جاز له التصرّف فيه من غير إذنٍ ، كالغلام ، ولأنّ المرأة من أهل التصرّف ، ولا حقّ لزوجها فى مالها ، فلم يملك الحجْرَ عليها فى التصرّف بجميعه ، كأختها ، وحديثُهم ضعيف ، وشعَيب لم يُدرك عبد الله بن عمرو ، فهو مُرْسَل ، وعلى أنه صحيح محمول على أنّه لا يجوز عَطِيّتها لماله بغير إذنه ، بدليل أنه يجوزُ عطِيّتها ما دون الثلث من مالها ، وليس معهم حديثٌ يدلُّ على تحديد المنع بالثلث ، فالتحديدُ بذلك تحكّم ليس فيه توقيفٌ ؛ ولا عليه دليل ، وقياسهم على المريض غيرُ صحيح ؛ لوجوه :

أحدها : أن المرض سببٌ يُفضى إلى وصول المال إليهم بالميراث ، والزوجيّةُ إنّما تجعله من أهل الميراث ، فهى أحد وصْفَيِ العلّة فلا يثبت الحكمُ بمجرّدها كما لا يثبتُ للمرأة الحجرُ على زوجها ، ولا لسائر الوراث بدون المرض .

الثانى : أن تبرّع المريض موقوف ، فإن برئ من مرضه صحّ تبرّعه ، وههنا أبطلوه على كلّ حال والفرعُ لا يزيد على أصله .

الثالث أن ماذكروه منتقض بالمرأة ، فإنّها تنتفع بمال زوجها ، وتتبسط فيه عادةً ، ولها النفقة منه ، وانتفاعُها بماله أكثرُ من انتفاعه بمالها ، وليس لها الحجرُ عليه ، وعلى أنّ هذا المعنى ليس بموجود فى الأصل ، ومن شرط صحّة القياس وجودُ المعنى المثبت للحكم فى الأصل والفرع جميعاً .

٣٤٢٥ (فصل) وهل يجوز للمرأة الصدقةُ من مال زوجها بالشيء اليسير بغير إذنه ؟ على روايتين: إحداهما : الجوازُ . لأنّ عائشةَ قالت : قالَ رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم . « مَا أَنْفَقَتِ امْرَأَةٌ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا غَيْرَ مُفْسِدَةٍ كَانَ لَهَا أَجْرُهَا وَلَهُ مِثْلُهُ بِمَا كَسَبَ ، وَلَهَا بِمَا أَنفَقَتْ وَلِلْخَازِنِ مِثْلُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُنْتَقَصَ مِنْ أُجُورِهِمْ شَيْءٌ» ولم يذكر إذنا ، وعن أسماء أنّها جاءت النبىّ صلّى الله عليه وسلم

فقالت : يارَسُولَ اللهِ ليسَ لى شَىْءٌ إلاَّ مَا أَدْخَلَ عَلَىَّ الزُّبَيْرُ ، فَهَلْ عَلَىَّ جُنَاحٌ أَنْ أَرْضَخَ(١) مِمَّا يَدْخُلُ عَلَىَّ ؟ فقال : « ارْضَخِى مَا اسْتَطَعْتِ ولاَ تُوعِى (٢) فَيُوعَى عَلَيْكِ » متفق عليهما ، ورُوى أنَّ امرأةً أتت النبىَّ صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله ، إنَّا كَلٌّ عَلَى أَزْوَاجِنَا ، وآبائنا ، فَمَا يَحِلُّ لَنَا مِنْ أَمْوالِهم ؟ قال : « الرَّطْبُ تَأْكُلِينَهُ وَتُهْدِينَهُ » ولأنَّ العادةَ السماحُ بذلك ، وطيبُ النفس ، فجرى مجرى صريح الإذن ، كما أنَّ تقديم الطعام بين يدى الأكَلَةِ قام مقام صريح الإذن فى أكله .

والرواية الثانية : لا يجوز ، لما رَوى أبو أُمامةَ الباهلى ، قال : سمعتُ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم يقول « لاَ تُنْفِقُ المَرْأَةُ شَيْئاً مِنْ بَيْتِهَا إلا بإذْنِ زَوْجِهَا . قيل يارسول الله ، ولاَ الطَّعامَ ؟ قال : ذَاكَ أفضَلُ أَمْوالِنَا » رواه سعيد فى سُنَنه . وقال : النبى صلى الله عليه وسلم « لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلاَّ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » وقال : « إنَّ اللهَ حَرَّمَ بَيْنَكُمْ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوالَكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هذَا فِى شَهْرِكُمْ هَذَا فِى بَلَدِكُمْ هَذَا » ولأنَّه تبرّع بمال غيره بغير إذنه ، فلم يجُز ، كغير الزوجة ، والأوَّل أصحُّ . لأنَّ الأحاديث فيها خاصّة صحيحة ، والخاصُّ يقدّم على العامّ ، ويُبيّنه ، ويعرِّف أن المراد بالعام غيرُ هذه الصورة المخصوصة ، والحديثُ الخاص لهذه الرواية ضعيف ، ولا يصحّ قياسُ المرأة على غيرها ، لأنها بحكم العادة تتصرَّف فى مال زوجها ، وتتبسَّطُ فيه ، وتتصدّق منه ، لحضورها ، وغيبته والإذنُ العُرفىُّ يقوم مَقام الإذن الحقيقىّ ، فصار كأنَّه قال لها : افعلى هذا، فإن منعها ذلك ، وقال: لا تتصدّقى بشىء ، ولا تتبرّعى من مالى بقليل ، ولا كثير ، لم يجُزْ لها ذلك . لأن المنع الصريح نفىٌ للإذن العرفىّ ، ولو كان فى بيت الرجل من يقوم مقام امرأته ، كجاريته ، أو أخته ، أو غُلامه المتصرِّف فى بيت سيّده ، وطعامه ، جرى مجرى الزوجة فيما ذكرنا ، لوجود المعنى فيه ، ولو كانت امرأته ممنوعة من التصرُّف فى بيت زوجها ، كالتى يُطعمها بالفرض ، ولا يمكّنها من طعامه ، ولا من التصرّف فى شىء من ماله لم يجُزلها الصدقة بشىء من ماله ، لعدم المعنى فيها والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ والرُّشْدُ الصلاحُ فى المال ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم منهم : مالك ، وأبو حنيفة ، وقال الحسن ، والشافعىّ ، وابن المنذر : الرشدُ صلاحُه فى دينه ، وماله ، لأنَّ الفاسق غيرُ رشيد ، ولأنَّ إفساده لدينه يمنع الثقة به فى حفظ ماله ، كما يمنع قبولَ قوله ، وثبوتَ الولاية على غيره ، وإن لم يُعرف منه كذب ، ولا تبذير .

---

(١) الرضخ :العطاء اليسير .

(٢) توعى : تحبسى ، أى لا تمنعى العطاء وتحبسى النفقة على الفقراء ، فيوعى عليك أى يحبسها الله عنك ، وهو مأخوذ من وضع الشىء فى الوعاء .

ولنا : قول الله تعالى (فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) قال ابن عباس : يعنى صلاحاً فى أموالهم . وقال مجاهد : إذا كان عاقلاً ، ولأنّ هذا إثباتٌ فى نكرة ، ومن كان مُصلحاً لماله فقد وُجِد منه رُشْدٌ ، ولأنّ العدالة لا تُعتبر فى الرُّشد فى الدوام ، فلا تُعتبر فى الابتداء ، كالزهد فى الدُّنيا ، ولأنّ هذا مُصلح لماله ، فأشبه العَدْلَ ، يُحَقِّقه أن الحجر عليه إنّما كان لحفظ ماله عليه ، فالمؤثّر فيه ما أثّر فى تضييع المال ، أو حِفْظه ، وقولُهم إنّ الفاسق غيرُ رشيد ، قلنا : هو غيرُ رشيد فى دينه ، أمّا فى ماله ، وحفظه ، فهو رشيد ، ثم هو منتقضٌ بالكافر ، فإنّه غيرُ رشيد ، ولم يُحجَر عليه من أجله ، ولو كانت العدالةُ شرطاً فى الرُّشد لزال بزوالها ، كحفظ المال ، ولا يلزمُ من منع قبول القول منعُ دفع ماله إليه ، فإنّ من يُعرف بكثرة الغَلَط ، والغَفْلة ، والنِّسيان ، أو مَنْ يأكل فى السوق ، ويمدّ رجليه فى مجامع الناس ، وأشباههُم لا تُقبل شهادتهم ، وتُدفع إليهم أموالُهم . إذا ثبت هذا : فإنّ الفاسق إن كان يُنفق ماله فى المعاصى ، كشراء الخمر ، وآلات اللهو ، أو يتوصّل به إلى الفساد ، فهو غيرُ رشيد ، لتبذيره لماله ، وتضييعه إيّاه فى غير فائدة ، وإن كان فسقُه لغير ذلك ، كالكذب ، ومنع الزكاة ، وإضاعة الصّلاة ، مع حفظه لماله ، دُفع ماله إليه . لأنّ المقصودَ بالحَجْر حِفْظُ المال ومالُه محفوظ بدون الحَجْر ، فلا حاجة إليه ، ولذلك لو طرأ الفسقُ بعد دفع ماله إليه ، لم يُنزع منه .

٣٤٢٦ (فصل) وإنّما يعرف رُشده باختباره ، لقول الله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ) يعنى اختبروهم ، كقوله تعالى (لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلاً ؟) أى يختبركم ، واختباره بتفويض التصرّفات التى يتصرّف فيها أمثاله . فإن كان من أولاد التجّار فُوّض إليه البيعُ ، والشراء ، فإذا تكررت منه ، فلم يُغْبَنْ ، ولم يُضَيّع مافى يديه ، فهو رشيدٌ ، وإن كان من أولاد الدّهاقين ، والكُبَرَاء ، الذين يُصَانُ أمثالهم عن الأسواق ، دُفِعَتْ إليه نفقةُ مُدّةٍ لينفقها فى مصالحه ، فإن كان قيّماً بذلك ، يصرفُها فى مواقعها ، ويستوفِي على وكيله ، ويَستقْصِي عليه ، فهو رشيد . والمرأةُ يُفوّض إليها ما يُفوّض إلى ربة البيت ، من استئجار الغزّالات ، وتوكيلها فى شراء الكتّان ، وأشباه ذلك ، فإن وُجدتْ ضابطةً لما فى يديها ، مُستوفيةً من وكيلها ، فهى رشيدةٌ ، ووقتُ الاختبار قبل البلوغ ، فى إحدى الروايتين ، وهو أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىّ . لأن الله تعالى قال : (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) فظاهرُ الآية أنّ ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهين :

أحدهما : أنّه سمّاهم يتامَى : وإنّما يكونون يتامى قبل البلوغ .

والثانى : أنه مدّ اختبارهم إلى البلوغ بلفظة حتّى . فدلّ على أنّ الاختبار قبله . ولأنّ تأخير الاختبار إلى البلوغ مُؤدٍ إلى الحَجْر على البالغ الرشيد . لأن الحَجْر يمتدّ إلى أن يُختبر ، ويُعلم رشدُه ، واختبارُه

قبل البلوغ يَمنعُ ذلك ، فكان أولى ، ولكن لا يُختبر إلاَّ المراهقُ المميِّز ، الذى يَعرف البيع ، والشراء ، والمصلحةَ من المفسدة ، ومتى أذن له وَليّه ، فتصرَّف ، صحّ تصرُّفه ، على ما ذكرنا فيما مضى . وقد أومأ أحمد فى موضعٍ إلى أن اختباره بعد البلوغ لأنّ تصرُّفه قبل ذلك تصرُّف ممَّن لم يُوجد فيه مَظِنَّة العقل ، وقد اختلف أصحاب الشافعىّ فى وقت الاختبار على نحوٍ مما ذكرنا فيما مضى من الروايتين .

٣٤٢٧ « مسألة » قال (فإن عاود السفَهَ حُجِرَ عليه)

وجملته : أن المحجور عليه إذا فُكَّ عنه الحَجْرُ لرُشده ، ودُفع إليه ماله ، ثمَّ عاد السفهَ أُعيدَ عليه الحَجْرُ ؛ وبهذا قال القاسمُ بن محمد ، ومالك ، والشافعىّ ، والأوزاعىّ ، وإسحاق ، وأبو عُبَيد ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يبتدأ الحَجْرُ على بالغ عاقل ، وتصرُّفه نافذ . ورُوى ذلك عن ابن سيرين ، والنَّخَعِىّ ، لأنه حرٌّ مكلَّف ، فلا يُحجر عليه كالرشيد .

ولنا : إجماع الصحَابة ، ورَوى عُرْوَة بن الزُّبَير : أنَّ عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً ، فقال علىّ رضى الله عنه : لآتِيَنَّ عثمانَ ليَحجرَ عليك ، فأتى عبدُ الله بن جعفر الزبير ؛ فقال : قد ابتعتُ بيعاً ، وإنّ عليًّا يُريد أن يأتىَ أمير المؤمنين عثمان ، فيسأله الحجْرَ علىّ ، فقال الزبيرُ أنا شَريكك فى البيع ، فأتى علىّ عثمان ، فقال : إنّ ابن جعفر قد ابتاع بَيْعَ كذا ، فاحجُر عليه . فقال الزبير : أنا شريكه فى البيع ، فقال عثمان : كيف أحْجُر على رجل شريكُه الزبير ؟ قال أحمد : لم أسمع هذا إلاّ من أبى يوسف القاضى ، وهذه قصّة يشتهرُ مثلُها ، ولم يخالفها أحدٌ فى عصرهم ، فتكون إجماعاً ، ولأنَّ هذا سفيه ، فيُحجر عليه ، كما لو بلغ سفيهاً ، فإن العلّة التى اقتضت الحجر عليه إذا بلغ سفيهاً سفهُهُ ، وهو موجود ، ولأن السفه لو قارن البلوغ منَع دفع ماله إليه . فإذا حدث أوجبَ انتزاعَ المال ، كالجنون ، وفارق الرشيد، فإن رشدَه لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله إليه .

٣٤٢٨ (فصل) ولا يَحجرُ عليه إلا الحاكم ، وبهذا قال الشافعىُّ ، وقال محمد : يصير محجوراً عليه بمجرّد تبذيره . لأنّ ذلك سببُ الحجر ، فأشبه الجنون .

ولنا : أن التبذير يختلف ، ويُختَلَف فيه ، ويحتاج إلى الاجتهاد ؛ فإذا افتقر السببُ إلى الاجتهاد ، لم يثبُت إلا بحكم الحاكم . كابتداء مدَّة العُنّة[1] ولأنه حجر مختلَف فيه ، فلم يثبت إلاّ بحكم الحاكم ، كالحَجْر على المفلس ، وفارق الجنون ، فإنه لا يفتقر إلى الاجتهاد ، ولا خلاف فيه ، ومتى حُجِر عليه ، ثم عاد ، فرشَدَ ، فكّ الحجرُ عنه ، ولا يزول إلا بحكم الحاكم ، وبه قال الشافعىّ ، وقال أبو الخطّاب : يزول السفَه ، لأنَّه سببُ الحجر ، فيزول بزواله ، كما فى حقّ الصبىّ ، والجنون .

(١) العنة : عدم القدرة على الجماع .

ولنا : أنه حجر ثبت بحكم الحاكم ، فلا يزول إلاّ به ، كحجر المُفلِس ، ولأنّ الرُّشْد يحتاج إلى تأمّل ، واجتهادٍ في معرفته ، وزوال تبذيره ، فكان كابتداء الحجر عليه ، وفارق الصبيّ ، والمجنون ، فإنّ الحجرَ عليهما بغير حُكم حاكم ، فيزولُ بغير حكمه ، ولأنّا لو وقفنا تصرّف الناس على الحاكم ، كان أكثرُ الناس محجوراً عليه . قال أحمد : والشيخُ الكبيرُ يُنكرُ عقلَه يُحجَرُ عليه ، يعني : إذا كبر ، واختلّ عقلُه حُجِرَ عليه ، بمنزلة المجنون ، لأنه يعجزُ بذلك عن التصرُّف في ماله على وجه المصلحة ، وحفظه ، فأشبه الصبيّ ، والسفيه .

٣٤٢٩ « مسألة » قال ﴿ فمن عامله بعد ذلك فهو المتلِفُ لماله ﴾

وجملته : أن الحاكم إذا حجر على السفيه استُحِبّ أن يُشْهِدَ عليه ، ليظهر أمرُه فتُجتنب معاملتُه ، وإن رأى أن يأمر مُنادياً يُنادي بذلكَ ، ليعرفه الناسُ فَعلَ ، ولا يُشترط الإشهاد عليه . لأنه قد ينتشرُ أمره بشُهرته ، وحديثِ الناس به ، فإذا حجر عليه فباع ، واشترى ، كان ذلك فاسداً واسترجع الحاكمُ ما باع من ماله ، وردّ الثمن إن كان باقياً ، وإن أتلفه السفيهُ ، أو تلف في يده ، فهو من ضمان المشترى ، ولا شيء على السفيه ، وكذلك ما أخذَ من أموال الناس برضا أصحابها ، كالذي يأخذُه بقرْضٍ ، أو شراء ، وغير ذلك ، ردّه الحاكمُ إن كان باقياً ، وإن كان تالفاً فهو من ضمان صاحبه ، علم بالحجر عليه ، أو لم يعلم ، لأنه إن علم فقد فرّط بدفع ماله إلى من حُجِرَ عليه ، وإن لم يعلم فهو مُفرِّط ، إذا كان في مَظِنّة الشُّهرة هذا إذا كان صاحبُه قد سلّطه عليه . فأمّا إن حصل في يده باختيار صاحبه من غير تسليط . كالوديعة . والعارية . فاختار القاضي أنه يلزمه الضمانُ إن أتلفه . أو تلف بتفريطه . لأنه أتلفه بغير اختيار صاحبه ، فأشبه ما لو كان القبضُ بغير اختياره . ويحتملُ أنه لا يضمَنُ . لأنه عرّضها لإتلافه . وسلّطه عليها . فأشبه المَبيع . وأمّا ما أخذه بغير اختيار صاحبه . أو أتلفه . كالغصب والجناية . فعليه ضمانُه . لأنه لا تفريط من المالك . لأنّ الصبيّ ، والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمانُ فالسفيهُ أولى ، ومذهبُ الشافعيِّ في هذا كلّه كذلك .

(فصل) والحكم في الصبيّ ، والمجنون ، كالحكم في السفيه ، في وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير إذنه ، أو غَصباه ، فتلف في أيديهما ، وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه ، وتسليطه ، كالثّمن ، والمَبيع ، والقَرْض ، والاستدانة ، وأما الوديعةُ ، والعاريَةُ ، فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما ، وإن أتلفاه ففي ضمانه وجهان .

٣٤٣٠ (فصل) ولا ينظرُ في مال الصبيّ ، والمجنون ، ماداما في الحجر ، إلا الأبُ أو وصيّه بعدَه ، أو الحاكم عند عدمهما ، وأما السفيه ، فإن كان محجوراً عليه صغيراً ، واستُديم الحجرُ عليه ، لسفهه ، فالوليّ

فيه مَنْ ذكرناه ، وإن جُدِّد الحجرُ عليه بعد بلوغه ، لم يَنظرُ فى ماله إلا الحاكم لأن الحجرَ يفتقرُ إلى حكم حاكم ، وزوالُه يفتقر إلى ذلك ، فكذلك النظرُ فى ماله.

٣٤٣١ « مسألة » قال ﴿ وإن أقرّ المحجورُ عليه بما يوجب حدًّا ، أو قصاصاً ، أو طلّق زوجته، لزمه ذلك ﴾

وجملته أن المحجور عليه لفلَسٍ ، أو سَفَهٍ إذا أقرّ بما يوجب حدًّا ، أو قصاصاً ، كالزنا ، والسرقة ، والشُّرب ، والقذف ، والقتل العمد ، أو قطع اليد ، وما أشبهها ، فإنّ ذلك مقبول ، ويلزمه حكم ذلك فى الحال ، لا نعلم فى هذا خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه على نفسه جائز ، إذا كان إقرارُه بزناً أو سرقةٍ ، أو شُربِ خمرٍ ، أو قَذْفٍ ، أو قتل ، وأنّ الحدود تُقام عليه ، وهذا قول الشافعىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، ولا أحفظ عن غيرهم خلافَهم ، وذلك لأنه غير متّهم فى حق نفسه ، والحجرُ إنّما تعلّق بماله ، فقُبل إقرارُه على نفسه بما لا يتعلّق بالمال ، وإن طلّق زوجته نفذ طلاقُه فى قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن أبى ليلى : لا يقع طلاقُه . لأنّ البُضعَ يجرى مجرى المال ، بدليل أنّه يملكه بمالٍ ، ويصحّ أن يزولَ ملكُه عنه بمالٍ ، فلم يملك التصرُّف فيه ، كالمال.

ولنا : أن الطلاق ليس بتصرّف فى المال، ولا يجرى مجراه ، فلا يُمنع منه ، كالإقرار بالحدّ ، والقِصاص ، ودليل أنّه لا يجرى مجرى المال : أنّه يصحّ من العبد بغير إذن سيّده ، مع منعه من التصرّف فى المال ، ولا يُملَكُ بالميراث ، ولأنّه مُكلّف طلّق امرأته مختاراً ، فوقع طلاقُه ، كالعبد ، والمكاتَب .

٣٤٣٢ (فصل) إذا أقرّ بما يوجب القصاص ، فعفا المُقَرُّ له على مالٍ ، احتمل أن يجب المال . لأنّه عفو عن قصاص ثابت ، فصحّ ، كما لو ثبت بالبيّنة ، واحتمل أن لا يصحّ . لئلاّ يُتّخذ ذلك وسيلةً إلى الإقرار بالمال ، بأن يتواطأ المحجورُ عليه ، والمقَرُّ له على الإقرار بالقصاص ، والعفو عنه على مال ، ولأنّه وجوب مالٍ مستنده إقراره ، فلم يثبت ، كالإقرار به ابتداء ، فعلى هذا القول يسقط وجوبُ القصاص ، ولا يجبُ المالُ فى الحال .

٣٤٣٣ (فصل) وإن خالع صحّ خُلعه . لأنّه إذا صحّ الطلاقُ ، ولا يحصلُ منه شىء ، فالخلع الذى يحصُل به المالُ أولى ، إلاّ أنّ العوض لا يُدفَع إليه ، وإن دُفع إليه لم يصحّ قبضُه ، وإن أتلفه لم يضمنه ، ولم تبرأ المرأةُ بدفعه إليه ، وهو من ضمانها إن أتلفه ، أو تلف فى يده ، لأنّها سلّطته على إتلافه .

٣٤٣٤ (فصل) وإن أعتق لم يصحّ عِتقُه ، وهذا قولُ القاسم بن محمد ، والشافعىّ ، وحكى

أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى : أنه يصح لأنه عتق من مكلف ، مالك ، تام الملك ، فصح كعتق الراهن ، والمفلس .

ولنا : أنه تصرف في ماله ، فلم يصح ، كسائر تصرفاته ، ولأنه تبرع ، فأشبه هبته ، ووقفه ، ولأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه ، فلم يصح عتقه ، كالصبي ، والمجنون ، وفارق المفلس والراهن ، فإن الحجر عليهما لحق غيرهما .

٣٤٣٥ (فصل) وإن تزوج صح النكاح بإذن وليه ، وبغير إذنه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال أبو الخطاب : لا يصح بغير إذن وليه ، وهو قول الشافعي ، وأبي ثور ، لأنه تصرف يجب به مال ، فلم يصح بغير إذن وليه ، كالشراء .

ولنا : أنه عقد غير مالي ، فصح منه ، كخلعه ، وطلاقه ، وإن لزم منه المال لحصوله بطريق الضمن فلا يمنع من العقد ، كما لو لزم ذلك من الطلاق .

٣٤٣٦ (فصل) ويصح تدبيره[1] ووصيته . لأن ذلك محض مصلحته ، لأنه تقرب إلى الله تعالى بماله بعد غناه عنه ، ويصح استيلاده ، وتعتق الأمة المستولدة بموته ، لأنه إذا صح ذلك من المجنون ، فمن السفيه أولى ، وله المطالبة بالقصاص ، لأنه موضوع للتشفي ، والانتقام ، وهو من أهله ، وله العفو على مال ، لأنه تحصيل للمال ، لا تضييع له ، وإن عفا على غير مال نظرت . فإن قلنا : الواجب القصاص عيناً صح عفوه ، لأنه لم يتضمن تضييع المال ، وإن قلنا : أحد الشيئين . لم يصح عفوه عن المال ، ووجب المال ، كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشريكين ، وإن أحرم بالحج صح إحرامه لأنه مكلف أحرم بالحج ، أشبه غيره ، ولأن ذلك عبادة ، فصحت منه كسائر عباداته . ثم إن كان أحرم بفرض ، دفع إليه النفقة من ماله ، ليسقط الفرض عن نفسه ، وإن كان تطوعا ، فكانت نفقته في السفر ، كنفقته في الحضر ، دفعت إليه لأنه لا ضرر في إحرامه . وإن كانت نفقة السفر أكثر . فقال : أنا ، أكتسب تمام نفقتي ، دفعت إليه أيضاً ، لأنه لا يضر بماله . وإن لم يكن له كسب ، فلوليه تحليله ، لما فيه من تضييع ماله ، ويتحلل بالصيام ، كالمعسر . لأنه ممنوع من التصرف في ماله ، ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله بناء على العبد إذا أحرم بغير إذن سيده ، وإن حنث في يمينه ، أو عاد في ظهاره ، أو لزمته كفارة بالقتل ، أو الوطء في نهار رمضان ، كفر بالصيام ، لذلك ، وإن أعتق ، أو أطعم عن ذلك ، لم يجزه ، وبهذا قال الشافعي ، لأنه ممنوع من ماله . أشبه المفلس . ويتخرج أن يجزئه العتق ، بناء على قولنا بصحته منه ، وإن نذر عبادة بدنية لزمه فعلها ، لأنه غير محجور عليه في بدنه ، وإن نذر صدقة المال

(١) تدبيره : قوله لمملوكه : أنت حر بعد موتي .

لم يصحّ منه ، وكفّر بالصيام . وإن فُكَّ الحجرُ عنه قبل تكفيره فى هذه المواضع كلّها لزمه العتقُ إن قدر عليه . ومُقتضَى قول أصحابنا . أنه يلزمه الوفاء بنذره ، بناءً على قولهم فيمن أقرّ قبل فك الحَجْر عنه ، ثم فُكّ عنه . فإنه يلزمه أداؤه ، وإن فُكّ بعد تكفيره ، لم يلزمه شىء ، كما لو كفّر عن يمينه بالصيام ، ثم فُكَّ الحجرُ عنه .

٣٤٣٧ (فصل) وإن أقرّ بنسبِ ولدٍ ، قُبِلَ منه . لأنه ليس بإقرار بمالٍ ، ولا تصرُّفٍ فيه ، فقُبِل ، كإقراره بالحدّ ، والطلاق ، وإذا ثبت النسبُ لزمته أحكامُه من النفقة ، وغيرها ، لأنّ ذلك حصل ضِمناً لما صحّ منه . فأشبه نفقة الزوجة .

٣٤٣٨ « مسألة » قال ﴿ وإن أقرّ بدين لم يلزمه فى حال حَجْرِه ﴾

وجملته : أن السفيه إذا أقرّ بمال ، كالدين ، أو بما يوجبُه ، كجناية الخطأ ، وشِبْه العمد ، وإتلاف المال ، وغَصْبه ، وسرقته ، لم يُقبل إقرارُه به ، لأنّه محجور عليه لحظه ، فلم يصحّ إقرارُه بالمال ، كالصبىّ ، والمجنون ، ولأنّا لو قبلنا إقراره فى ماله ، لزال معنى الحجر ، لأنه يتصرّف فى ماله ، ثم يُقرّ به . فيأخذه المقَرّ له ، ولأنّه أقرّ بما هو ممنوع من التصرّف فيه ، كإقرار الراهن على الرهن ، والمفلس على المال ، ومقتضَى قول الخِرَقىّ : أنه يلزمه ماأقر به بعد فكّ الحجر عنه . وهو الظاهر من قول أصحابنا ، وقول أبى ثور ، لأنه مكلّف أقرّ بما لا يلزمه فى الحال ، فلزمه بعد فكّ الحجر عنه ، كالعبد يُقرّ بدين ، والراهن على الرهن ، والمفلس على المال . ويحتملُ أن لا يصحّ إقرارُه ، ولا يُؤخذ به فى الحكم بحال ، وهذا مذهبُ الشافعىّ . لأنه محجور عليه ، لعدم رُشده ، فلم يلزمه حكم إقراره بعد فَكّ الحجر عنه ، كالصبىّ ، والمجنون ، ولأن المنع من نفوذ إقراره فى الحال إنما ثبت لحفظ ماله عليه ، ودفع الضرر عنه ، فلو نُفِّذ بعد فَكّ الحجر ، لم يُفِد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالتيه ، وفارق المحجور عليه لحقّ غيره ، فإنّ المانع تعلق حقّ الغير بماله ، فيزولُ المانع بزوال الحقّ عن ماله ، فيثبُت مقتضَى إقراره . وفى مسألتنا انتفى الحكم ، لخلل فى الإقرار ، فلم يثبُت كونُه سبباً ، وبزوال الحجر لم يكمُل السبب ، فلا يثبُت الحكم مع اختلال السبب ، كما لم يثبُت قبل فكّ الحجر ، ولأن الحجر لحقّ الغير لم يمنع تصرّفهم فى ذِمَمهم ، فأمكن تصحيحُ إقرارهم فى ذممهم ، على وجهٍ لا يضرّ بغيرهم ، بأن يلزمهم بعد زوال حقّ غيره . والحجرُ ههنا لحظّ نفسه ، من أجل ضعف عقله ، وسوء تصرّفه ، ولا يندفع الضرر إلاّ بإبطال إقراره بالكلّية ، كالصبىّ ، والمجنون ، وأما صحّته فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن علم صحّة ما أقرّ به ، كدينٍ لزمه من جنايةٍ ، أو دين لزمه قبل الحجر عليه ، فعليه أداؤه ، لأنّه علم أنّ عليه حقًّا ، فلزمه أداؤه ، كما لو لم يقرّ به ، وإن علم فساد إقراره ، مثل أن علم أنه أقرّ بدين ، ولا دين عليه ، أو بجناية لم توجد منه ، أو أقرّ بما

لا يلزمه ، مثل أن أتلف مالَ من دَفَعَه إليه بقرض ، أو بيع ، لم يلزمه أداؤه ، لأنّه يعلم أنّه لا دين عليه ، فلم يلزمه شيء ، كما لو لم يقرّ به .

٣٤٣٩ (فصل) إذا أذن وليّ السفيه له في البيع ، والشراء ، فهل يصحّ منه ؟ على وجهين :

أحدهما : يصحّ ، لأنّه عقد مُعاوضةٌ ، فملكه بالإذن ، كالنكاح ، ولأنّه عاقل محجور عليه ، فصحّ تصرُّفه بالإذن فيه ، كالصبيّ ، يحقّق هذا أنّ الحجر على الصبيّ أعلى من الحجر عليه ، ثمّ يصحُّ تصرّفه بالإذن ، فههنا أولى ، ولأنّا لو منعنا تصرّفه بالإذن ، لم يكن لنا طريق إلى معرفة رُشْدِه ، واختباره .

والثاني : لا يصحّ ، لأنّ الحجر عليه لتبذيره ، وسوء تصرّفه ، فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحةَ فيه ، فلم يصحّ ، كما لو أذن في بيع ما يُساوي عَشَرَةً بخمسة ، وللشافعيّ وجهان كهذين ، والله اعلم .

كتاب الصلح

الصلح : مُعاقدةٌ يتوصّل بها إلى الإصلاح بين المختلفين ، ويتنوّع أنواعاً : صلح بين المسلمين ، وأهل الحرب ، وصلح بين أهل العدل ، وأهل البغي ، وصلح بين الزوجين ، إذا خيف الشّقاق بينهما . قال الله تعالى (٤٩ : ٩ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا) وقال الله تعالى (٤ : ٣٥ وإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا ، أَوْ إِعْرَاضاً ، فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً ، والصُّلْحُ خَيْرٌ) وروى أبو هريرة : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ إلاّ صُلْحاً حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلّ حَرَاماً » أخرجه الترمذيّ ، وقال : حديث حسن ، صحيح . ورُوى عن عمر : أنّه كتب إلى أبي موسى بمثل ذلك ، وأجمعت الأئمةُ على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرناها . ولكلّ واحد منها بابٌ يُفرَد له ، ويذكر فيه أحكامه . وهذا الباب للصلح بين المتخاصمين في الأموال . وهو نوعان : صلح على إقرار ، وصلح على إنكار . ولم يسمّ الخِرَقيّ الصلح إلاّ في الإنكار خاصّةً .

٣٤٤٠ « مسألة » قال ﴿ والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدّعى حقّ لا يعلمُه المدعَى عليه . فيصطلحان على بعضه . فإن كان يعلم ما عليه فجحده ، فالصلحُ باطل ﴾

وجملة ذلك : أن الصلح على الإنكار صحيحٌ . وبه قال مالك ، وأبو حنيفة . وقال الشافعيّ : لا يصحّ ، لأنّه عاوض على ما لم يثبُت له ، فلم تصحّ المعاوضة : كما لو باع مال غيره ، ولأنّه عقدُ معاوضةٍ خلا عن العِوَض في أحد جانبيه . فبطل ، كالصلح على حدّ القذف .

ولنا : عمومُ قوله عليه السلام « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ » فيدخُل هذا في عمومه .

فإن قالوا : فقد قال « إلاَّ صُلحاً أحَلَّ حَراماً » وهذا داخلٌ فيه . لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدَّعىَ عليه ، فحلّ بالصلح .

قلنا : لا نسلّم دخوله فيه . ولا يصح حملُ الحديث على ما ذكروه ، لوجهين :

أحدهما : أن هذا يوجد فى الصلح بمعنى البيع . فإنه يُحلُّ لكلّ واحد منهما ما كان محرّما عليه قبله . وكذلك الصلحُ بمعنى الهِبَة . فإنه يُحِلّ الموهوب له ما كان حراما عليه والإسقاطُ يُحِلُّ له تركَ أداء ما كان واجباً عليه .

الثانى : أنه لو حلّ به المُحرّم لكان الصلحُ صحيحاً . فإنّ الصلح الفاسدَ لا يُحِلُّ الحرام . وإنما معناه ما يتوصّل به إلى تناول المحرّم ، مع بقائه على تحريمه ، كما لو صالحه على استرقاق حُرّ ، أو إحلال بُضع محرّم ، أو صالحه بخمر ، أو خنزير ، وليس ما نحن فيه كذلك . وعلى أنهم لا يقولون بهذا . فإنهم يُبيحون لمن له حقّ يجحده غريمُه أن يأخذ من ماله بقدره ، أو دونه . فإذا حلّ له ذلك من غير اختياره ، ولا علمه ، فلأن يَحِلّ برضاه وبذلِهِ أولى . وكذلك إذا حلّ مع اعتراف الغريم ، فلأن يَحِلّ مع جَحْده ، وعجزِهِ عن الوصول إلى حقّهِ إلا بذلك أولى ، ولأنّ المدعى ههنا يأخذُ عوض حقّه الثابت له . والمدّعى عليه يدفعُه لدفع الشرّ عنه ، وقطع الخُصومة . ولم يرد الشرعُ بتحريم ذلك فى موضع . ولأنهُ صلح يصح مع الأجنبيّ ، فصحّ مع الخصم ، كالصلح مع الإقرار .

يُحقّقه : أنه إذا صحّ مع الأجنبيّ مع غِناه عنه . فَلأَنْ يصحّ مع الخصم مع حاجته إليه أولى . وقولهم : إنه معاوضة . قلنا : فى حقهما ، أم فى حَقّ أحَدهما ؟ الأول ممنوع ، والثانى مسلّم . وهذا لأن المدّعِى يأخذُ عِوَض حَقّهِ من المنكر ، لعلمه بثبوت حقّهِ عنده . فهو معاوضة فى حقّهِ . والمنكرُ يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة ، واليمين عنه . ويُخَلّصه من شرِّ المدعِى . فهو أبرأ فى حقّه . وغيرُ ممتنع ثبوت المعاوضة فى حقِّ أحَدِ المتعاقدين دون الآخر . كما لو اشترَى عبداً شُهد بحرِّيته فإنه يصحّ . ويكون معاوضةً فى حَقّ البائع ، واستنقاذاً له من الرقّ فى حَقّ المشترى ، كذا ههنا .

إذا ثبت هذا فلا يصحّ هذا الصلحُ إلاّ أن يكون المدّعى مُعتقداً أنّ ما ادّعاه حَقّ ، والمدّعىَ عليه يعتقدُ أنه لا حَقّ عليهِ . فيدفعُ إلى المدّعِى شيئاً افتداء ليمينهِ ، وقطعاً للخصومة ، وصيانةً لنفسهِ من التبذُّل ، وحضور مجالس الحاكم . فإنّ ذوى النفوس الشريفة ، والمروءة ، يصعُب عليهم ذلك . ويرون دفعَ ضررها عنهم من أعظم مصالحهم . والشرعُ لا يمنعهم من وقاية أنفسهم ، وصيانتها ، ودفع الشرّ عنهم ببذل أموالهم ، والمدّعِى يأخذ ذلك عِوَضاً عن حَقّهِ الثابت له ، فلا يمنعه الشرعُ من ذلك أيضاً ، سواء كان المأخوذُ من جنس حَقّهِ ، أو من غير جنسهِ ، بقدر حَقّه ، أو دونه ، فإن أخذ من جنس حَقّه بقدره ، فهو

مُستوفٍ له . وإن أخذ دونه فقد استوفى بعضه ، وترك بعضه . وإن أخذ من غير جنس حَقه فقد أخذ عِوَضه ، ولا يجوزُ أن يأخذ من جنس حَقِّه أكثرَ مما ادعاه ، لأنّ الزائد لا مُقابل له . فيكون ظالماً بأخذه ، وإن أخذ من غير جنسه جاز . ويكون بيعًا فى حَقِّ المدعى ، لاعتقاده أخذه عوضاً . فيلزمه حكم إقراره . فإن كان المأخوذُ شِقْصاً فى دار ، أو عقار ، وجبت فيه الشُّفْعَة وإن وجَد به عيباً ، فله ردّه ، والرجوعُ فى دعواه . ويكون فى حقّ المنكر بمنزلة الابراء . لأنه دفع المال افتداء ليمينه ، ودفعاً للضرر عنه ، لا عِوضاً عن حقّ يعتقدُه فيلزمه أيضاً حكم إقراره ، فإن وُجد بالمصالَح عنه عيباً ، لم يرجع به على المدّعِى لاعتقاده أنه ما أخذ عِوضاً ، وإن كان شِقْصاً لم يثبُت فيه الشُّفعة ، لأنه يعتقده على مِلكه لم يَزَل ، وما مَلَكه بالصلح ، ولو دفع المدّعىَ عليه ما ادّعاه ، أو بعضه ، لم يثبُت فيه حكم البيع . ولا تثبُت فيه الشفعة . لأنَّ المُدّعِى يعتقدُ أنه استوفى بعض حقِّه ، وأخذ عين ماله مسترْجعاً لها ممّن هى عنده . فلم يكن بيعاً كاسترجاع العين المغصوبة ، فإمّا إن كان أحدُهما كاذباً ، مثل أن يدّعىَ المدّعى شيئاً يعلمُ أنهُ ليس له ، ويُنكِر المنكِر حقًّا يعلمُ أنه عليه . فالصلحُ باطلٌ فى الباطن . لأنّ المُدعِىَ إذا كان كاذباً فما يأخذه أكلُ مالٍ بالباطل ، أخذه بشرِّه وظُلمه ، ودعواه الباطلة ، لا عِوَضاً عن حقّ له . فيكون حراماً عليه ، كمن خَوَّف رجلاً بالقتل حتى أخذَ ماله . وإن كان صادقاً ، والمدَّعَى عليه يعلمُ صدقه ، وثبوتَ حقِّه ، فجحده لينتقص حقَّه ، أو يُرضِيَه عنه بشىء . فهو هضمٌ للحقِّ ، وأكلُ مالٍ بالباطل . فيكون ذلك حراماً . والصلحُ باطلٌ . ولا يَحِلُّ له مالُ المدّعِى بذلك . وقد ذكره الخِرَقِىّ فى قوله « وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ مَا عَلَيْهِ فَجَحَدَهُ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ » يعنى فى الحقيقة . وأما الظاهر لنا فهو الصحّة . لأنّا لا نعلم باطنَ الحال . وإنما ينبنى الأمرُ على الظواهر . والظاهرُ من المسلم السلامة .

٣٤٤١ (فصل) ولو ادَّعى على رجل وديعةً ، أو قرضاً ، أو تفريطاً فى وديعة ، أو مُضاربةً ، فأنكره ، واصطلحا ، صحّ ، لما ذكرناه .

٣٤٤٢ (فصل) وإن صالح عن المنكر أجنبىّ صحّ ، سواء اعترف المدّعِى بصحّة دعواه ، أو لم يعترف ، وسواء كان بإذنه ، أو غير إذنه . وقال أصحاب الشافعىّ : إنما يصحّ إذا اعترف المدّعِى بصدقه وهذا مبنىّ على صُلح المنكر . وقد ذكرناه ثم لا يخلو الصلح : إمّا أن يكون عن دَيْن ، أو عَيْن . فإن كان عن دين صحّ . سواء كان بإذن المنكرِ ، أو بغير إذنه . لأنّ قضاء الدين عن غيره جائزٌ بإذنه ، وبغير إذنه ، فإنّ عليًّا وأبا قتادة رضى الله عنهما قضيا عن الميّت ، فأجازه النبىُّ صلى الله عليه وسلم ، وإن كان الصلحُ عن عين بإذن المنكر فهو كالصلح منه ، لأنّ الوكيلَ يقومُ مقامَ الموكِّل . وإن كان بغير إذنه فهو افتداء للمنكرِ من الخصومة ، وإبراءٌ له من الدعوى ، وذلك جائز . وفى الموضعين : إذا صالح

عنه بغير إذنه لم يرجع عليه بشيء ، لأنّه أدّى عنه مالاً يلزمهُ أداؤه ، وخرّجه القاضى ، وأبو الخطّاب على الروايتين ، فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه ، وليس هذا بجيِّد . لأنّ هذا لم يثبُت وجوبُه على المنكر ، ولا يلزمه أداؤه إلى المدّعِي . فكيف يلزَمُه أداؤه إلى غيره ؟ ولأنه أدّى عنه ما لا يجبُ عليه . فكان مُتبرِّعاً ، كما لو تصدّق عنه ، ومن قال برجوعه فإنّه يجعله كالمدّعى فى الدعوى على المنكرِ ، لاغيرُ . أما أنْ يجب له الرجوعُ بما أدّاه حتماً ، فلا وجه له أصلاً . لأنّ أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين ، وصاحبُ الدين ههنا لم يجب له حقّ ، ولا لزم الأداءُ إليه . ولا يثبُت له أكثرُ من جواز الدعوى . فكذلك هذا . ويُشترط فى جواز الدعوى أن يُعلم صدق المدّعِي ، فإمّا إن لم يُعلم لم يَحِلّ له دعوى بشيء ، لا يُعلم ثبوتُه ، وإمّا ما إذا صالح عنه بإذنه ، فهو وكيلُه . والتوكيلُ فى ذلك جائز ، ثمّ إن أدّى عنه بإذنه رجع إليه . وهذا قول الشافعىّ . وإن أدّى عنه بغير إذنه مُتبرِّعاً لم يرجع بشيء . وإن قضاه محتسباً بالرجوع ، خرّج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير إذنه . لأنّه قد وجب عليه أداؤه بعقد الصلح ، بخلاف ما إذا صالح وقضى بغير إذنه . فإنّه قضى ما لا يجب على المنكِر قضاؤه .

٣٤٤٣ (فصل) وإن صالح الأجنبىّ المدعِى لنفسه ، لتكون المطالبة له ، فلا يخلو من أن يعترف المدّعِى بصحّة دعواه ، أو لا يعترف له . فإن لم يعترف له كان الصلحُ باطلا . لأنّه يشترى منه ما لم يثبُت له ، ولم تتوجّه إليه خصومةٌ يفتدى منها ، فأشبه ما لو اشترى منه مِلك غيره . وإن اعترف له بصحّة دعواه ، وكان المدّعىَ ديناً ، لم يصحّ . لأنّه اشترى مالاً يقدرُ البائعُ على تسليمه . ولأنه بَيعٌ للدين من غير مَنْ هو فى ذِمّته ، ومن أصحابنا مَنْ قال : يصحّ ، وليس بجيِّد . لأنّ بيع الدّيْن المُقَرّ به من غير مَنْ هو فى ذمّته لا يصحّ . فبيعُ دينٍ فى ذمّة مُنكِرٍ معجوزٍ عن قبضه أولى ، وإن كان المدّعَى عيناً ، فقال الأجنبىّ للمدّعى : أنا أعلمُ أنّك صادقٌ فصالِحْنى عنها، فإنى قادر على استنقاذها من المنكِر . فقال أصحابنا : يصحّ الصلحُ . وهو مذهبُ الشافعىّ . لأنه اشترى منه مِلكَه الذى يقدر على تسليمه . ثم إن قدر على انتزاعه استقرّ الصلحُ . وإن عجز كان له الفسخُ . لأنه لم يُسلّم له المعقود عليه. فكان له الرجوع إلى بدله. ويحتملُ أنّه إن تبيّن أنه لا يقدر على تسليمه ، تبيّن أنّ الصلح كان فاسداً . لأنّ الشرط الذى هو القدرةُ على قبضه معدومٌ حال العقد ، فكان فاسداً ، كما لو اشترى عبده، فتبيّن أنه آبق ،أو ميِّت ، ولو اعترف له بصحّة دعواه ، ولا يمكنه استيفاؤه ، لم يصحّ الصلحُ . لأنه اشترى مالا يمكنه قبضُه منه . فأشبه شراء العبد الآبق ، والجمل الشارد ، فإن اشتراه وهو يظنّ أنه عاجز عن قبضه ، فتبيَّن أنّ قبضه ممكن ، صحّ البيعُ . لأنّ البيع تناول ما يمكن قبضُه . فصحّ ، كما لو علما ذلك . ويحتمل أن لا يصحّ ، لأنّه ظنّ

عدم الشرط . فأشبه ما لو باع عبداً يظن أنه حر ، أو أنه عبد غيره ، فتبين أنه عبده . ويحتمل أن يُفرق بين من يعلم أن البيع يفسُد بالعجز عن تسليم المبيع ، وبين من لا يعلم ذلك ، لأن من يعلم ذلك يعتقدُ فساد البيع ، والشراء فكان بيعُه فاسداً ، لكونه مُتلاعباً بقوله،معتقداً فسادَه ، ومن لا يعلم يعتقدُه صحيحاً. وقد تبين اجتماعُ شروطه ، فصح . كما لو علمه مقدوراً على تسليمه .

٣٤٤٤ (فصل) فإن قال الأجنبيُّ للمدّعِي : أنا وكيلُ المدّعَى عليه فى مُصالحتك عن هذه العين ، وهو مُقرٌّ لك بها ، وإنّما يجحدُها فى الظاهر . فظاهرُ كلام الخِرَقِى : أن الصلح لا يصح . لأنه يجحدُها فى الظاهر ، لينتقص المدَّعِيَ بعضَ حقّه ، أو يشتريَه بأقلّ من ثمنه . فهو هاضمٌ للحقّ يتوصّل إلى أخذ المصالَحِ عنه بالظلم ، والعُدوان . فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك . فقال : أنا أعلم صحة دعواك . وأنَّ هذا لك، ولكن لا أسلّمه إليك، ولا أقرُّ لك به عند الحاكم ، حتّى تُصالحنى منه على بعضه ، أو عوض عنه . وقال القاضى : يصح . وهذا مذهب الشافعيّ . قالوا : ثم ينظرُ إلى المدّعى عليه : فإن صدّقه على ذلك ملك العين ورجع على الأجنبيّ ، وعليه بما أدّى عنه إن كان أذن له فى الدفع . وإن أنكر الإذن فى الدفع ، فالقولُ قولُه مع يمينه . ويكون حكمهُ حكم من قضى دينه بغير إذنه ، وإن أنكر الوَكالة فالقولُ قولُه مع يمينه وليس للأجنبيِّ الرجوع عليه ، ولا يحكم له بملكها . فأمّا حكم ملكها فى الباطن . فإن وَكَّل الأجنبيّ فى الشراء ، فقد ملكها ، لأنه اشتراها بإذنه ، فلا يقدح إنكارهُ فى مِلكها . لأنّ ملكه ثبت قبل إنكاره ، وإنّما هو ظالم بالإنكار ، للأجنبيّ . وإن كان لم يُوكّله لم يملكها . لأنه اشترى له عيناً بغير إذنه ، ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه بثمن فى ذمّته . فإن أجازه لزم فى حقّه . وإن لم يُجزْه لزم من اشتراه ، وإن قال الأجنبي للمدَّعى : قد عرف المدَّعى عليه صحّة دعواك وهو يسألك أن تُصالحه عنه ، وقد وَكّلنى فى المصالحة عنه ، فصالحه صحّ . وكان الحكم كما ذكرنا . لأنه ههنا لم يمتنع من أدائه . بل اعترف به ، وصالحه عليه مع بذله له ، فأشبه ما لو لم يجحده .

٣٤٤٥ « مسألة » قال ﴿ ومن اعترف بحقّ فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحاً . لأنه هضم للحق ﴾

وجملته : أن من اعترف بحقّ ، وامتنع من أدائه حتّى صُولح على بعضه ، فالصلحُ باطل . لأنّه صالح عن بعض ماله ببعض . وهذا محالٌ ، وسواء كان بلفظ الصلح ، أو بلفظ الابراء ، أو بلفظ الهبة المقرون بشرط . مثل أن يقول : أبرأتُك عن خمسمائة ، أو وهبت لك خمسمائة ، بشرط أن تُعطيني ما بقى . ولو لم يشترط إلاّ أنّه لم يُعط بعض حقّه إلا بإسقاط بعضه ، فهو حرام أيضاً . لأنّه هضمه حقّه ، قال ابن أبى اسحاق : الصلح على الإقرار هضمٌ للحقّ . فمتى ألزم المُقَرُّ له تَرْكَ بعض حقّه . فتركه عن غير طيب

نفسه ، لم يطب الأخذ . وإن تطوّع المُقرُّ له بإسقاط بعض حقّه بطيب من نفسه جاز ، غير أن ذلك ليس بصُلح ، ولا من باب الصلح بسبيل ، ولم يُسمّ الخِرَقيّ الصلح إلاّ فى الإنكار على الوجه الذى قدّمنا ذكره، فأمّا فى الاعتراف ، فإذا اعترف بشىء ، وقضاه من جنسه ، فهو وفاء . وإن قضاه من غير جنسه ، فهى مُعاوضة ، وإن أبرأه من بعضه اختياراً منه ، واستوفى الباقى ، فهو إبراء . وان وهب له بعض العين ، وأخذ باقيها بطيب نفس ، فهى هبة . فلا يسمّى ذلك صلحاً . ونحو ذلك قال ابن أبى موسى ، وسمّاه القاضى وأصحابه صلحاً . وهو قول الشافعىّ ، وغيره ، والخلاف فى التسمية . أما المعنى فمتّفق عليه . وهو فعلُ ما عدا وفاء الحقّ وإسقاطه على وجه يصحّ . وذلك ثلاثة أقسام : مُعاوضة . وإبراء . وهبة ، فأمّا المعاوضة فهو أن يعترف له بعين فى يده ، أو دين فى ذمّته ، ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يجوزُ تعويضه به . وهذا ثلاثة أضراب .

أحدها : أن يعترف له بأحد النقدين ، فيصالحه على الآخر ، نحو أن يعترف له بمائة درهم ، فيصالحه منها بعشرة دنانير ، أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحُه على مائة درهم . فهذا صرفٌ يشترط له شروط الصرف ، من التقابض فى المجلس ، ونحوه .

الثانى : أن يعترف له بعُروض ، فيُصالحه على أثمان ، أو بأثمان ، فيصالحه على عُروض . فهذا بيعٌ يثبُت فيه أحكامُ البيع ، وإن اعترف له بدين ، فصالحه على موصوف فى الذمّة ، لم يجز التفرّق قبل القبض، لأنه بيعُ دين بدين .

الثالث : أن يصالحه على سُكنى دار ، أو خدمة عبد ، ونحوه ، أو على أن يعمل له عملاً معلوماً . فيكون ذلك إجارةً ، لها حكم سائر الإجارات ، وإذا أتلف الدار ، أو العبد قبل استيفاء شىء من المنفعة ، انفسخت الإجارة ، ورجع بما صالح عنه ، وإن تلفت بعد استيفاء شىء من المنفعة انفسخت فيما بقى من المدّة، ورجع بقسط ما بقى ، ولو صالحه على أن يزوّجه جاريته ، وهو ممّن يجوز له نكاحُ الإماء صح . وكان المصالح عنه صداقَها . فإن انفسخ النكاحُ ، قبل الدخول بأمر يُسقِط الصداق ، رجع الزوج بما صالح عنه . وإن طلّقها قبل الدخول رجع بنصفها ، وإن كان المعترف امرأةً فصالحت المدّعى على أن تُزوّجه نفسها ، جاز . ولو كان المعترف به عيباً فى مبيعها فصالحته على نكاحها صحّ ، فإن زال العيبُ رجعت بأَرْشه . لأنّ ذلك صداقُها ، فرجعت به ، لا بمهر مثلها ، وإن لم يزُل العيب لكن انفسخ نكاحُها بما يُسقط صداقَها رجع عليها بأرشه .

القسم الثانى : الإبراء . وهو أن يعترف له بدين فى ذمّته . فيقول : قد أبرأتك من نصفه أو جزء معيّن منه ، فأعطنى ما بقى ، فيصحّ إذا كانت البراءة مُطلقةً من غير شرط . قال أحمد : إذا كان للرجل على

الرجل الدينُ ليس عنده وفاءٌ ، فوضع عنه بعض حقِّه ، وأخذ منه الباقيَ . كان ذلك جائزاً لهما . ولو فعل ذلك قاضٍ لم يكن عليه في ذلك إثمٌ ، لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم كلَّم غُرماءَ جابرٍ ليَضَعُوا عنه ، فوضَعُوا عنه الشطر ، وفي الذي أصيب في حديقته ، فمرَّ به النبيُّ صلَّى اللهُ عليه وسلم ، وهو ملزوم. فأشار إلى غُرمائه بالنِّصف ، فأخذوه منه . فإن فعل ذلك قاضٍ اليومَ جاز ، إذا كان على وجه الصلح ، والنظر لهما، وروى يونُس عن الزهريِّ ، عن عبد الله بن كعب ، عن أبيه « أنَّهُ تقَاضَى ابنُ أَبِي حَدرَدٍ دَيناً كَانَ لَهُ عَلَيْهِ فِي المَسْجِدِ ، فَارْتفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا حَتَّى سَمِعَهَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ وَسَلَّم . فَخَرَجَ إِلَيهِمَا ، ثمَّ نَادَى: يَا كَعْبُ ، قَالَ . لَبَّيْكَ يَارَسُولَ اللهِ . فَأَشَارَ إِلَيْـهِ : أَنْ ضَعْ الشَّطْرَ مِنْ دَيْنِكَ . قَالَ : قَدْ فَعَلْتُ يَارَسُولَ اللهِ . قَالَ رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم: قُمْ فَأَعْطِـهِ » فإن قال:على أن توفِّيني ما بقي ، بطل. لأنَّه ما أبرأه عن بعض الحقِّ إلاَّ ليوفِّيه بقيَّته . فكأنَّه عارض بعض حقِّه ببعض .

القسم الثالث : الهبة . وهو أن يكون له في يده عين ، فيقول : قد وهبْتُك نصفها ، فأعطني بقيَّتها ، فيصحّ . ويُعتبر له شروط الهبة . وإن أخرجه مُخْرَج الشرط لم يصحّ . وهذا مذهب الشافعيّ . لأنه اذا شرط في الهبة الوفاءَ جعل الهبة عوضاً عن الوفاء به. فكأنَّه عاوض بعض حقِّه ببعض . وإن أبرأه من بعض الدين ، أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح ، مثل أن يقول صالحني بنصف دينك عليَّ ، أو بنصف دارك هذه ، فيقول : صالحتك بذلك ، لم يصحّ ، ذكره القاضي ، وابنُ عقيل .وهو قول بعض أصحاب الشافعيّ. وقال أكثرهم : يجوز الصلحُ . لأنَّه إذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صُلحاً ، ولا يبقى له تعلّق به . فلا يُسمّى صلحاً . أمّا إذا كان بلفظ الصلح سُمّي صلحاً، لوجود اللفظ. وإن تخلَّف المعنى، كالهبة بشرط الثواب ، وإنما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة ، إذا كان ثَمَّ عِوَضٌ ، أما مع عدمه ، فلا . وإنَّما معنى الصلح الاتِّفاق والرضى. وقد يحصُل هذا من غير عوض ، كالتمليك ، إذا كان بعوض سُمِّي بيعاً ، وإن خلا عن العوض سُمِّي هبة .

ولنا : أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة.لأنه إذا قال: صالحني بهبة كذا، أو على نصف هذه العين،ونحو هذا . فقد أضاف إليه (باء) المقابلة . فصار كقوله : بعني بألف ، وإن أضاف إليه « على » جرى مجرى الشرط . كقوله تعالى (١٨ : ٩٤ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجاً عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدّاً) وكلاهما لا يجوز ، بدليل ما لو صرَّح بلفظ الشرط ، أو بلفظ المعاوضة ، وقولهم : إنَّه يُسمى صلحاً ممنوع . وإن سميّ صلحاً فمجاز ، لتضمّنه قطع النزاع ، وإزالة الخصومة . وقولهم . إن الصلح لا يقتضي المعاوضة . قلنا : لا نُسلّم . وإن سلّمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء ، أو على ، أو نحوها به . فإنَّ لفظة الصلح تحتاجُ إلى حرف تُعدّى به ، وذلك يقتضي المعاوضة على ما بيَّناه .

٣٤٤٦ (فصل) وإن ادَّعى على رجل بيتاً ، فصالحه على بعضه ، أو على بناء غُرفة فوقه ، أو على أن يَسكنه سنةً لم يصحّ . لأنه يُصالحه فى ملكه على ملكه ، أو منفعته ، وإن أسكنه كان تبرُّعاً منه ، متى شاء أخرجه منها . وإن أعطاه بعض داره بناءً على هذا ، فمتى شاء انتزعه منه . لأنه أعطاه إياه عوضاً عمّا لا يصالح عوضاً عنه . وإن فعل ذلك على سبيل المصالحة مُعتقداً أنّ ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه ، بأجر ماسكن ، وأجر ما كان فى يده من الدار . لأنه أخذه بعقد فاسد . فأشبه المبيع المأخوذ بعقد فاسد وسُكنى الدار بإجارة فاسدةٍ ، وإن بنى فوق البيت غُرفة أُجبِرَ على نقضها . وإذا آجر السطح مدّة مُقامه فى يديه . وله أخذُ آلته ، ولو اتفقا على أن يُصالحه صاحبُ البيت عن بنائه بعوض جاز ، وإن بنى الغُرفة بتُراب من أرض صاحب البيت ، وآلاته ، فليس له أخذ بنائه . لأنه مِلكٌ لصاحب البيت . وإن أراد نقض البناء لم يكن له ذلك ، إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ، ويحتمل أن يملك نقضه ، كقولنا فى الغاصب .

٣٤٤٧ (فصل) وإذا صالحه بخدمة عبده سنةً صحّ ، وكانت إجارةً ، وقد ذكرنا ذلك . فإن باع العبد فى السنة صحّ البيعُ . ويكون للمشترى . مسلوبَ المنفعة بقيّة السنة . والمستأجر استيفاء منفعته إلى انقضاء مدّته ، كما لو زوّج أمته ، ثم باعها . وإن لم يعلم المشترى بذلك ، فله الفسخُ ، لأنه عيب . وإن أعتق العبد فى أثناء المدّة نفذ عتقُه . لأنه مملوكه ، يصحّ بيعه . فصحّ عتقُه لغيره . والمصالح أن يستوفى نفعه فى المدّة ، لأنه أعتقه بعد أن ملك منفعته لغيره ، فأشبه مالو أعتق الأمة المزوَّجة ُحرّ . ولا يرجع العبد على سيّده بشىء . لأنه مازال ملكهُ بالعتق إلاّ عن الرقبة ، والمنافع حينئذ مملوكةٌ لغيره . فلم تتلف منافعُه بالعتق . فلم يرجع بشىء ، وإن أعتقه مسلوب المنفعة ، فلم يرجع بشىء ، كما لو أعتق زَمِناً ، أو مقطوع اليدين ، أو أعتق أمةً مُزوّجةً ، وذكر القاضى ، وابن عقيل وجهاً آخر : أنّه يرجعُ على سيّده بأجر مثله . وهو قول الشافعىّ . لأنّ العتق اقتضى إزالة مِلكه عن الرقبة ، والمنفعة جميعاً فلمّا لم تحصُل المنفعةُ للعبد ههنا ، فكأنّه حال بينه . وبين منفعته .

ولنا : أن إعتاقه لم يصادف للمعتق سوى مِلك الرقبة . فلم يؤثّر إلاّ فيه . كما لو وصّى لرجل برقبة عبدٍ ، ولآخرَ بنفعه ، فأعتق صاحبُ الرقبة ، وكما لو أعتقَ أمةً مزوّجة ، وقولهم : إنّه اقتضى زوال الملك عن المنفعه ، قلنا : إنما يقتضى ذلك إذا كانت مملوكةً له ، أمّا إذا كانت مملوكةً لغيره ، فلا يقتضى إعتاقُه إزالةَ ما ليس بموجود ، وإن تبيّن أن العبد مستحَقٌ ، تبيّن بطلانُ الصلح ، لفساد العوض ، ورجع المدّعى فيما أقرّ له به . وإن وجد العبد معيباً عيباً تنقُص به المنفعةُ ، فله ردّه ، وفسخُ الصلح . وإن صالح على العبد بعينه ، صحّ الصلحُ ، ويكون بيعاً ، والحكمُ فيما إذا خرج مستحَقّاً أو ظهر به عيب ، كما ذكرنا .

(فصل) إذا ادّعى زَرْعاً فى يد رجل ، فأقرّ له به ، ثم صالحه منه على دراهم ، جاز ، على الوجه الذى يجوز به بيعُ الزرع . وقد ذكرنا ذلك فى البيع ، وإن كان الزرع فى يد رجلين ، فأقرّ له أحدُهما بنصفه ، ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبّه ، لم يجُز . لأنه إن صالحه عليه بشرط التبقية ، أو من غير شرط القطع لم يجُز لأنَّه لا يجوز بيعُه كذلك . وإن شرط القطع لم يجُز . لأنه لا يمكنه قطعُه إلا بقطع زرع الآخَرَ ، ولو كان الزرع لواحدٍ ، فأقرّ للمدّعى بنصفه ، ثم صالحه عنه بنصف الأرض ، ليصير الزرع كلّه للمقرّ ، والأرض بينهما نصفين . فإن شرط القطع جاز . لأنّ الزرع كله للمقرّ . فجاز شرطُ قطعه ، ويحتملُ أن لا يجوز . لأن فى الزرع ما ليس بمَبيع ، وهو النصف الذى لم يُقرّ به ، وهو فى النصف الباقى له . فلا يصحّ اشتراط قطعه ، كما لو شرط قطع زرع آخرَ فى أرضٍ أخرى ، وإن صالحه منه بجميع الأرض بشرط القطع ، ليسلم الأرض إليه فارغةً صحّ ، لأنّ قطع جميع الزرع مستحَقٌّ نصفُه بحكم الصلح ، والباقى لتفريغ الأرض ، فأمكن القطعُ ، وإن كان إقراره بجميع الزرع ، فصالحه من نصفه على نصف الأرض ، ليكون الأرضُ والزرعُ بينهما نصفين ، وشرط القطع فى الجميع ، احتمَل الجواز . لأنّهما قد شرطا قطع كلّ الزرع ، وتسليم الأرض فارغةً . واحتمل المنعَ ، لأنّ باقىَ الزرع ليس بمَبيعٍ ، فلا يصحُّ شرط قطعه فى العقد .

٣٤٤٨ (فصل) إذا حصلت أغصانُ شجرته فى هواء ملكِ غيره ، أو هواءِ جدارٍ له فيه شركةٌ ، أو على نفس الجدار . لزم مالكَ الشجرة إزالةُ تلك الأغصان ، إمّا بردّها إلى ناحيةٍ أخرى ، وإمّا بالقطع ، لأنّ الهواء ملكٌ لصاحب القرار . فوجب إزالةُ مايشغَله من ملك غيره ، كالقرار ، فإن امتنع المالكُ من إزالته لم يُجبَر . لأنه من غير فعله ، فلم يُجبَرْ على إزالته ، كما إذا لم يكن مالكاً له . وإن تلف بها شىء ، لم يضمنه كذلك ، ويحتملُ أن يُجبر على إزالته ، ويضمن ما تلف به ، إذا أُمر بإزالته فلم يفعل . بناء على ما إذا مال حائطهُ إلى مِلك غيره ، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى ، وعلى كلا الوجهين : إذا امتنع من إزالته كان لصاحب الهواء إزالتُه بأحد الأمرين ، لأنه بمنزلة البهيمة التى تدخُل داره ، له إخراجُها . كذا ههنا ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، فإن أمكنه إزالتها بلا إتلاف ، ولا قطع ، من غير مَشقّة تلزمُه ، ولا غرامةٍ . لم يجُز له إتلافُها ، كما أنّه إذا أمكنه إخراجُ البهيمة من غير إتلافٍ لم يجُز له إتلافُها . فإن أتلفها فى هذه الحال غَرِمها . وإن لم يمكنه إزالتُها إلاّ بالإتلاف ، فله ذلك ، ولا شىء عليه ، فإنه لا يلزمه إقرارُ مالِ غيره فى ملكه ، فإن صالحه على إقرارها بعوض معلومٍ ، فاختلف أصحابُنا . فقال ابنُ حامدٍ ، وابن عقيل : يجوز ذلك رَطْباً كان الغُصنُ أو يابساً . لأنّ الجهالَة فى المُصالَح عنه ، لا تمنعُ الصحّة ، لكونها لا تمنعُ التسليم ، بخلاف العوض . فإنّه يفتقر إلى العلم ، لوجوب تسليمه . ولأنّ الحاجةَ داعيةٌ إلى الصلح عنه ، لكون ذلك

يكثرُ فى الأملاك المتجاورة . وفى القَطْع إتلافٌ ، وضرر ، والزيادةالمتجددة يُعفى عنها ، كالسِّمن الحادث فى المستأجَر للركوب ، والمستأجِر للغرفة يتجدد له الأولادُ ، والغِراسُ الذى يُستأجر له الأرض ، يعظُم ويجفُو .
وقال أبو الخطاب : لا تصحّ المصالحة عنه بحالٍ ، رَطْباً كان ، أو يابساً ، لأنّ الرَّطْب يزيدُ ، ويتغيّر ، واليابس يَنْقُص ، وربّما ذهب كلّه ، وقال القاضى : إن كان يابساً ،معتمداً على نفس الجدار صحّت المصالحةُ عنه . لأنّ الزيادة مأمونة فيه . ولا يصحّ الصلحُ على غير ذلك . لأن الرطب يزيدُ فى كلّ وقت ، وما لا يعتمدُ على الجدار لا يصحّ الصلحُ عليه . لأنّه تبع الهواءِ . وهذا مذهبُ الشافعىّ . واللائقُ بمذهب أحمدَ صحته لأنّ الجهالة فى المُصالحَ عنه لا تمنع الصحّة إذا لم يكن إلى العلم به سبيلٌ ، وذلك لدعاء الحاجة إليه . وكونه لا يحتاج إلى تسليم ، وهذا كذلك . والهواء كالقرار فى كونه مملوكاً لصاحبه . فجاز الصلحُ على ما فيه ، كالذى فى القرار .

٣٤٤٩ (فصل) وإن صالحه على إقرارها بجزء معلوم من ثمرها ، أو بثمرها كلّه . فقد نقل المروزىّ وإسحاق بن ابراهيم ، عن أحمد : أنّه سُئل عن ذلك ؟ فقال : لا أدرى ، فيحتمل أن يصحّ . ونحوه قال مكحول . فإنه نقل عنه أنه قال : أيّما شجرةٍ ظَلّلت على قوم ، فهم بالخيار بين قطع ما ظَلّل ، أو أكلِ ثمرها، ويحتمل أن لا يصحّ . وهو قول الأكثرين . وإليه ذهب الشافعىّ . لأن العوض مجهول.فإنّ الثمرة مجهولة ، وجزؤها مجهول . ومن شروط الصلح العلم بالعوض ، ولأنّ المُصالَح عليه أيضاً مجهولٌ ، لأنّه يزيد ، ويتغيّر على ما أسلفنا .

ووجه الأول : أن هذا مما يكثرُ فى الأملاك ، وتدعو الحاجةُ إليه ، وفى القطع إتلاف . فجاز مع الجهالة ، كالصلح على مجرى مياه الأمطار ، والصلح على المواريث الدارسة ، والحقوق المجهولة التى لا سبيل إلى علمها ، ويَقوَى عندى أن الصلح ههنا يصح بمعنى أن كلّ واحد منهما يُبيح صاحبَه ما بَذل له . فصاحبُ الهواء يُبيح صاحبَ الشجرة إبقاءها ، ويمتنع من قطعها ، وإزالتها ، وصاحبُ الشجرة يُبيحه ما بذل له من ثمرتها . ولا يكون هذا بمعنى البيع.لأن البيع لا يصحّ بمعدوم ، ولا مجهول . والثمرة فى حال الصلح معدومة ، مجهولة ، ولا هو لازم . بل لكلّ واحد منهما الرجوعُ عمّا بذله ، والعَوْدُ فيما قاله ، لأنّه مجرّد إباحةٍ من كلّ واحد منهما لصاحبه . فجرى مجرى قول كلّ واحد منهما لصاحبه : اسكن دارى ، وأسكنُ دارك من غير تقدير مدّة . ولا ذكر شروط الإجارة ، أو قوله : أبحتُك الأكلَ من ثمرة بُستانى ، وأبحْنِى الأكلَ من ثمرة بستانك . وكذلك قوله : دَعْنى أجْرِى فى أرضك ماء ، ولك أن تَسْقِىَ به ما شئت ، وتشرب منه ، ونحو ذلك . فهذا مثله بالأولى . فإنّ هذا مما تدعو الحاجة إليه كثيراً . وفى إلزام القطع ضرر كبير ، وإتلاف أموال كثيرة ، وفى الترك من غير نفع يصلُ إلى صاحب الهواء ضررٌ عليه ، وفيما ذكرناه جمعٌ بين

الأمرين ونظرٌ للفريقين ، وهو على وَفق الأصول . فكان أولى .

٣٤٥٠ (فصل) وكذلك الحكم فى كلّ ما امتدّ من عروق شجرة إنسانٍ إلى أرض جاره ، سواء أثرت ضرراً ، مثل تأثيرها فى المصانع ، وطىّ الآبار ، وأساس الحيطان أو منعها من نبات شجر لصاحب الأرض ، أو زرع ، أو لم يؤثّر ، فإنّ الحكم فى قطعه ، والصلح عليه ، كالحكم فى الفروع ، إلّا أن العروق لا ثَمرَ لها . فإن اتفقا على أنّ ما نبت من عروقها لصاحب الأرض ، أو جزء معلوم منه . فهو كالصلح على الثمر فيما ذكرنا . فعلى قولنا ، إذا اصطلحا على ذلك ، فمضت مدّة ، ثمّ أبى صاحبُ الشجرة دفعَ نباتها إلى صاحب الأرض ، فعليه أجرُ المثل ، لأنّه إنما تركه فى أرضه هذا ، فلمّا لم يسلّمه له رجع بأجر المثل ، كما لو بذلها بعوض ، فلم يُسلِّم له . وكذلك الحكم فيمن مال حائطُه إلى هواء ملك غيره ، أو زَلِقَ من أخشابه إلى مِلك غيره ، فالحكمُ فيه على ما ذكرناه .

٣٤٥١ (فصل) وإذا صالحه على المؤجَّل ببعضه حالاً ، لم يجُز . كرهه زيدُ بنُ ثابت ، وابن عمر . وقال : « نَهَى عُمَرُ أَنْ تُبَاعَ العَيْنُ بِالدَّيْنِ » وسعيدُ بن المسيّب ، والقاسم ، وسالم ، والحسن ، والشعبىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، والثورىّ ، وابنُ عُيَيْنَةَ وَهُشَيْم ، وأبو حنيفة ، وإسحاق . ورُى عن ابن عباس ، والنخَعِىّ ، وابن سيرين : أنّه لا بأس به . وعن الحسن ، وابن سيرين : أنّهما كانا لا يريان بأساً بالعروض أن يأخذَها من حَقّه قبل محِلّه . لأنّهما تبايعا العروض بما فى الذمّة فصحّ . كما لو اشتراها بثمن مثلها ، ولعلّ ابن سيرين يحتجُّ بأنّ التعجيل جائز ، والإسقاط وحده جائز . فجاز الجمعُ بينهما ، كما لو فعلا ذلك من غير مُوَاطَأَةٍ عليه .

ولنا أنّه يبذل القدر الذى يحطُّه عِوَضاً عن تعجيل ما فى ذمّته ، وبيع الحلول ، والتأجيل ، لا يجوزُ . كما لا يجوزُ أن يُعطيه عشرةً حالّةً بعشرين مؤجّلة . ولأنّه يبيعُه عشرةً بعشرين ، فلم يجُز ، كما لو كانت مَعيبةً . ويُفارق ما إذا كان عن غير مُواطأةٍ ، ولا عقد . لأنّ كلّ واحد منهما متبرّع ببذل حقّه من غير عوض . ولا يلزم من جواز ذلك جوازُه فى العقد ، أو مع الشركة ، كبيع درهم بدرهمين . ويُفارق ما إذا اشترى العُروض بثمن مثلها . لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضاً ، فأمّا إن صالحه عن ألف حالّةٍ بنصفها مؤجّلاً . فإن فعل ذلك اختياراً منه ، وتبرعا به ، صحّ الإسقاطُ . ولم يلزم التأجيل . لأنّ الحالّ لا يتأجّل بالتأجيل ، على ما ذكرنا فيما مضى . والإسقاط صحيح ، وإن فعله لمنعه من حقّه بدونه ، أوشرط ذلك فى الوفاء لم يسقُط شىء أيضاً . على ما ذكرنا فى أول الباب . وذكر أبو الخطاب فى هذا روايتين : أصحّهما : لا يصحّ ، وما ذكرنا من التفصيل أولى إن شاء الله تعالى .

٣٤٥٢ (فصل) ويصحُّ الصلحُ عن المجهول ، سواء كان عيناً ، أو دَيْناً ، إذا كان ممّا لا سبيل إلى

معرفته . قال أحمد فى الرجل يُصالح على الشىء : فإن علم أنه أكثرُ منه لم يجز إلاّ أن يُوقفه عليه ، إلاّ أن يكون مجهولاً ، لا يدرى ما هو ؟ ونقل عنه عبد الله : إذا اختلط قفيزُ حنطةٍ بقفيز شعير ، وطحِنا . فإن عرف قيمةَ دقيقِ الحنطة ، ودقيق الشعير ، بيع هذا ، وأعطى كلّ واحد منهما قيمةَ ماله ، إلاّ أن يصطلحا على شىء ، ويتحالّا ، وقال ابن أبى موسى : الصلحُ الجائز هو صلحُ الزوجة من صداقها . الذى لا بيِّنَةَ لها به ، ولا علم لها ، ولا للورثة بمبلغه . وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة ، والحساب الذى قد مضى عليه الزمانُ الطويل ، لاعلم لكلّ واحدٍ منهما بما عليه لصاحبه ، فيجوزُ الصلحُ بينهما . وكذلك من عليه حقٌّ لاعلم له بقدره ، جاز أن يُصالح عليه ، وسواء كان صاحبُ الحقّ يعلم قدر حقِّه ، ولا بيِّنة له ، أو لا علم له ، ويقول القابض: إن كان لى عليك حقٌّ فأنت فى حِلٍّ منه . ويقول الدافع : إن كنت أخذت منى أكثر من حقك فأنت منه فى حِل ، وقال الشافعىّ : لا يصحُّ الصلحُ على مجهول ، لأنّه فرع البيع . ولا يصحّ البيعُ على مجهول.

ولنا : ما رُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم . أنّه قال فى رجلين اختصما فى مواريث دَرَسَتْ «اسْتَهِمَا ، وَتَوَخَّيَا ، وَلْيُحْلِلْ أَحَدُكُمَا صَاحِبَهُ » وهذا صلحٌ على المجهول ، ولأنّه إسقاط حقّ ، فصحّ فى المجهول ، كالعتاق ، والطلاق ، ولأنّه إذا صحّ الصلحُ مع العلم ، وإمكان أداء الحقّ بعينه ، فَلأن يصحّ مع الجهل أولى ، وذلك لأنّه إذا كان معلوماً فلهما طريقٌ إلى التخلُّص . وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ، ومع الجهل لا يمكن ذلك . فلو لم يجز الصلح أفضى إلى ضَياع المال ، على تقدير أن يكون بينهما مالٌ لا يَعرف كلٌّ واحد منهما قدرَ حقّه منه ، ولا نُسلّم كونهُ بيعاً ، ولافرع بيع . وإنما هو إبراء . وإن سلّمنا كونه بيعاً ، فإنّه يصحّ فى المجهول عند الحاجة . بدليل بيع أساسات الحيطان ، وطىّ الآبار ، وما مأ كوله فى جَوْفه ، ولو أتلف رجلٌ صُبْرَةَ طعامٍ لا يعلمُ قدرَها ، فقال صاحب الطعام لمتلفه : بعتُكَ الطعامَ الذى فى ذِمّتك بهذه الدراهم ، أو بهذا الثوب ، صحّ .

إذا ثبت هذا فإن كان العوض فى الصلح ممّا لا يحتاج إلى تسليمه ، ولا سبيل إلى معرفته كالمختصمين فى مواريث دراسة ، وحقوق سالفة ، أو فى أرض ، أو عين من المال لا يعلم كلّ واحد منهما قدرَ حقّه منها صحّ الصلحُ مع الجهالة من الجانبين ، لما ذكرناه من الخبر والمعنى . وإن كان ممّا يحتاج إلى تسليمه لم يجز مع الجهالة . ولابدّ من كونه معلوماً . لأنّ تسليمه واجب ، والجهالة تمنع التسليم ، وتفضى إلى التنازع ، فلا يحصُل مقصود الصلح .

٣٤٥٣ (فصل) فأما ما يمكنهما معرفته ، كتركة موجودة ، أو يعلمه الذى هو عليه ويجهله صاحبُه ، فلا يصحّ الصلحُ عليه مع الجهل ، قال أحمد : إن صُولحت امرأةٌ من ثُمُنِها لم يصحّ ، واحتجّ بقول شُرَيح : أيُّما امرأةٍ صُولحت من ثُمنِها لم يتبيّن لها ما ترك زوجُها . فهى الريبة كلُّها . قال : وإن ورث قومٌ مالاً ،

ودوراً وغيرَ ذلك فقالوا لبعضهم : نخرجك من الميراث بألفِ درهم : أكرهُ ذلك ، ولا يَشترى منها شيء ، وهى لا تعلم ، لعلّها تظنّ أنه قليل ، وهو يَعلم أنه كثير ، ولا يَشترى حتى تعرفه ، وتعلم مَا هو ؟ وإنّما يُصالحُ الرجلُ الرجلَ على الشيء لا يَعْرِفُه . ولا يدرى ما هو ؟ حساب بينهما فيُصالحه ، أو يكون رجلٌ يعلم ما لَه على رجل ، والآخرُ لا يعلمه ، فيُصالحه ، فأمّا إذا علم فلم يُصالحه إنّما يريدُ يهضم حقَّه ويذهب به . وذلك لأنّ الصلح إنّما جاز مع الجهالة للحاجة إليه ، لابراء الذمم ، وإزالة الخصام ، فمع إمكان العلم لا حاجةَ إلى الصلح مع الجهالة . فلم يصحّ ، كالبيع .

٣٤٥٤ (فصل) ويصحّ الصلح عن كلّ ما يجوز أخذُ العوض عنه ، سواء كان مما يجوز بيعُه . أولا يجوز . فيصحّ عن دم العمد ، وسُكنى الدار ، وعيب المَبيع ، ومتى صالح عمّا يوجبُ القصاص بأكثرَ من دِيته ، أو أقلّ جاز . وقد رُوى أن الحسن ، والحسين ، وسعيدَ بن العاص ، بذلوا للذى وجب له القصاص على هُدْبَةَ بن خَشْرَم سبعَ دِياتٍ ، فأبى أن يقبلها . ولأنّ المال غيرُ متعيّن ، فلا يقع العوضُ فى مقابلته ، فأما إن صالح عن قتل الخطأ بأكثر من دِيته من جنسها ، لم يجُز . وكذلك لو أتلف عبداً أو شيئاً غيره . فصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها لم يجُز . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يجوز . لأنه يأخذُ عِوضاً عن المتلف ، فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته ، كما لو باعه بذلك .

ولنا : أن الدية والقيمة ثبتت فى الذمّة مقدَّرة ، فلم يجُز أن يُصالح عنها بأكثر منها من جنسها ، كالثابتة عن قرض ، أو ثمن مبيع ، ولأنّه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقّه وزيادةً لاَ مُقابلَ لها . فيكون أكلَ مالٍ بالباطل . فأمّا إن صالحه على غير جنسها بأكثر قيمةً منها جاز ، لأنه بيع ، ويجوز أن يشترى الشيء بأكثر من قيمته ، أو أقلّ .

٣٤٥٥ (فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة فى الذمّة بالاتلاف بمائةٍ مُؤجّلة لم يجُز ، وكانت حالّة . وبهذا قال الشافعىّ . وعن أحمد : يجوز . وهو قول أبى حنيفة . لأنه عاوض عن المتلف بمائة مُؤجّلة فجاز ، كما لو باعه إيّاه .

ولنا : أنّه إنّما يستحقّ عليه قيمةَ المُتلف ، وهو مائةُ حالّة ، والحالّ لا يتأجّل بالتأجيل . وإن جعلناه بيعاً فهو بيع دين بدين . وبيعُ الدين بالدين غيرُ جائز .

٣٤٥٦ (فصل) ولو صالح عن القصاص بعبد ، فخرج مستَحقًّا رجع بقيمته ، فى قولهم جميعاً . وإن خرج حراً فكذلك . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : يرجع بالدية . لأن الصلح فاسد ، فرجع ببدل ما صالح عنه وهو الدية .

ولنا : أنه تعذّر تسليمُ ما جعله عوضاً ، فرجع فى قيمته ، كما لو خرج مستَحقا .

٣٤٥٧ (فصل) ولو صالح عن دارٍ ، أو عبد بعوض ، فوجد العوض مستَحقًّا ، أو حرًّا رجع فى الدار ، وما صالح عنه ، أو بقيمته إن كان تالفاً . لأنّ الصلح ههنا بيعٌ فى الحقيقة . فإذا تبيّن أن العوض كان مستَحَقًّا أو حُرًّا ، كان البيعُ فاسداً . فرجع فيما كان له . بخلاف الصلح عن القصاص ، فإنّه ليس ببَيْعٍ . وإنّما يأخُذُ عوضا عن اسقاط القصاص ، ولو اشترى شيئاً ، فوجده مَعيباً ، فصالحه عنه بعبْدٍ ، فبان مستَحَقًّا ، أو حُرًّا ، رجع بأرش العيب ، ولو كان البائع امرأةً فزوّجته نفسها عوضاً عن أرش العيب ، فزال العيبُ ، رجعت بأرشه ، لا بمهر المثل . لأنّها رضيت ذلك مهراً لها .

٣٤٥٨ (فصل) ولو صالحه عن القصاص بحرّ يعلمان حُرّيته ، أو عبد يعلمان أنّه مستَحقّ ، أو تصالحا بذلك عن غير القصاص ، رجع بالدية ، وبما صالح عنه ، لأنّ الصلح ههنا باطلٌ يعلمان بُطلانَه . فكان وجوده كعدمه .

٣٤٥٩ (فصل) إذا صالح رجلاً على موضع قناةٍ من أرضه ، يجرى فيها ماء ، وبيّنا موضعها ، وعرضها ، وطولها ، جاز . لأنّ ذلك بيعُ موضعٍ من أرضه . ولا حاجةَ إلى بيان عُمقه . لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تُخُومِهِ . فله أن يترك فيه ما شاء . وإن صالحه على إجراء الماء فى ساقيةٍ من أرض ربّ الأرض مع بقاء ملكه عليها . فهذا إجارة للأرض ، فيشترط تقدير المدّة . لأنّ هذا شأن الاجارة ، فإن كانت الأرضُ فى يد رجل باجارةٍ ، جاز له أن يصالح رجلاً على إجراء الماء فيها فى ساقيةٍ محفورة مدّةً لا تجاوز مدّة إجارته . وإن لم تكن الساقية محفورةً ، لم يجُز أن يُصالحه على ذلك . لأنه لا يجوز إحداث ساقية فى أرض فى يده بإجارة ، فأمّا إن كانت الأرضُ فى يده وقفا عليه ، فقال القاضى : هو كالمستأجر ، له أن يُصالح على إجراء الماء فى ساقية محفورة فى مدّة معلومة ، وليس له أن يحفر فيها ساقيةً . لأنه لا يملكها ، إنّمَا يَسْتوفى منفعتها ، كالأرض المستأجرة سواءً . وهذا كلُّه مذهبُ الشافعىّ ، والأولى : أنه يجوز له حفرُ الساقية ، لأنّ الأرض له ، ولهُ التصرُّف فيها كيفما شاء ، مالم ينقل الملك فيها إلى غيره ، بخلاف المستأْجر . فإنه إنما يتصرّف فيها بما أُذِن لهُ فيه ، فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأْجِر إذا أُذِنَ له فى الحفر . فإن مات الموقوف عليه فى أثناء المدَّة ، فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقى من المدّة ؟ على وجهين . بناءً على ما إذا آجره مدّة ، فمات فى أثنائها . فإن قلنا : له فسخ الصلح ، ففسخ رجع الصالِحُ على ورثة الذى صالحه بقسط ما بقى من المدّة ، وإن قلنا : ليس لهُ الفسخُ رجع من انتقل إليه الوقفُ على الورثة .

٣٤٦٠ (فصل) وإن صالح رجلاً على إجراء ماء سطحه من المطر على سطحه ، أو فى أرضه عن سطحه ، أو فى أرضه عن أرضه جاز إذا كان ما يجرى ماءه معلوماً ، إمّا بالمشاهدة ، وإما بمعرفة المساحة ، لأنّ الماء يختلفُ بصغرَ السطح ، وكِبَره . ولا يمكن ضبطُه بغير ذلك . ويشترط معرفة الموضع الذى يجرى

منه الماء إلى السطح . لأن ذلك يختلف ، ولا يفتقر إلى ذكر مدة . لأن الحاجة تدعو إلى هذا ، ويجوز العقد على المنفعة فى موضع الحاجة غير مقدر ، كما فى النكاح ، ولا يملك صاحب الماء مجراه ، لأن هذا لا يستوفى به منافع المجرى دائماً ، ولا فى أكثر المدة ، بخلاف الساقية ، ويختلفان أيضاً فى أن الماء الذى فى الساقية لا يحتاج إلى ما يقدر به . لأن تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية ، فإنه لا يملك أن يُجْرى فيها أكثر من مائها . والماء الذى على السطح يحتاج إلى معرفة مقدار السطح ، لأنه يجرى منه القليلُ ، والكثير ، وإن كان السطح الذى عليه الماء مستأْجَرًا ، أو عاريةً مع إنسان ، لم يجُز أن يُصالح على إجراء الماء عليه . لأنه يتضرَّر بذلك . ولم يُؤذن له فيه ، فلم يكن له أن يتصرّف به ، بخلاف الماء فى الساقية المحفورة ، فإنّ الأرض لا تتضرَّر بِهِ ، وإن كان ماء السطح يجرى على أرض ، احتمل أن لا يجوز له الصلح على ذلك ، لأنه إن احتاج إلى حَفْرٍ لم يجز له أن يحفر أرض غيره ، ولأنه يجعل لغير صاحب الأرض رسماً . فربمّا ادّعى استحقاق ذلك على صاحبها . واحتمل الجواز إذا لم يحتج إلى حفر ، ولم تكن فيه مضرّة لأنه بمنزلة اجراء الماء فى ساقيةٍ محفورة . ولا يجوز إلاّ مدّة لا تزيد على مدّة إجارته . كما قلْنا فى إجراء الماء فى الساقية . والله أعلم .

٣٤٦١ (فصل) واذا أراد أن يجرى ماء فى أرض غيره . لغير ضرورة ، لم يجُز الاّ بإذنهِ ، وإن كان لضرورة ، مثل أن يكون له أرض الزراعة ، لها ماء لا طريق لهُ إلاّ أرض جاره . فهل لهُ ذلك ، على روايتين :

إحداهما : لا يجوز . لأنه تصّرف فى أرض غيره بغير إذنهِ ، فلم يجُز ، كما لو لم تدع اليه ضرورة . لأنّ مثل هذه الحاجة لا يُبيح مالَ غيره . بدليل أنهّ لا يُباح لهُ الزرع فى أرض غيره ، ولا البناء فيها ، ولا الانتفاع بشىء من منافعها المحرّمة عليه . قبل هذه الحاجة .

والأخرى : يجوز . لما رُوى « أن الضحّاك بن خليفة ساق خليجاً من العريض ، فأراد أن يمرّ بِهِ فى أرض محمد بن مَسْلَمَة ، فأبى ، فقال لهُ الضحّاك : لم تمنعنى وهو منفعة لك ، تشربُه أولاً وآخراً ، ولا يضُرّك ؟ فأبى محمد . فكلّم فيه الضحاكُ عمر ، فدعا عمر محمد بن مَسْلَمة ، وأمره أن يُخَلِّيَ سبيله . فقال محمد : لا والله . فقال لهُ : لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ ما ينفعُه . وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ . تَشْرَبُهُ أَوّلاً وَآخِرًا ؟ فقال محمد : لا والله . فقال عمر : والله ليمرّنّ به ، ولو على بطْنك . فأمره عمر أن يمرّ به ، فَفَعَل » رواه مالك فى مُوطّئه ، وسعيدٌ فى سُنَنه . والأول أقيس . وقول عمر يخالفه قولَ محمد بن مَسْلَمَة وهو موافق للأصول . فكان أولى .

٣٤٦٢ (فصل) وإن صالح رجلا على أن يسقى أرضه من نهر الرجل يوماً ، أو يومين أو من عينه ، وقدّره بشىء يُعلم به ، فقال القاضى : لا يجوز . لأنّ الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعُه . فلا يجوز.

الصلحُ عليه . ولأنّه مجهول . قال : وإن صالحه على سهم من العين ، أو النهر ، كالثلث ، أو الربع جاز . وكان بيعاً للقرار . والماء تابع له . ويحتمل أن يجوز الصلح على السقى من نهره ، وقناته . لأنّ الحاجة تدعو إلى ذلك ، والماء مما يجوز أخذُ العوض عنه . بدليل مالو أخذه فى قِرْبته فى الجملة ، أو إنائه . ويجوز الصلح على مالا يجوز بيعُه . بدليل الصلح عن دم العمد ، وأشباهه ، والصلح على المجهول .

٣٤٦٣ (فصل) ولا يصحّ الصلح على مالا يجوز أخذُ العوض عنه ، مثل أن يصالح امرأةً لتقر بالزوجيّة ، لأنه صلح يُحِلّ حراماً . ولأنها لو أرادت بَذْلَ نفسها بعوض لم يجز . وإن دفعت إليه عوضاً عن هذه الدعوى ليكُفّ عنها ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز ، لأنّ الصلح فى الإنكار إنما يكون فى حقّ المنكِر ، لافتداء اليمين . وهذه لا يمينَ عليها . وفى حقِّ المدّعى يأخذ العوض فى مقابلةِ حقّه الذى يدّعيه . وخروج البُضع من ملك الزوج لاقيمةَ له . وإنّما أُجيز الخلعُ للحاجة إلى افتداء نفسها .

والثانى : يصحّ . ذكره أبو الخطاب ، وابن عقيل ، لأنّ المدّعى يأخذ عوضاً عن حقّه من النكاح . فجاز كعوض الخلع . والمرأة تبذله لقطع خصومته ، وإزالة شرّه ، وربّما توجّهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك . ولأنّها مشروعة فى حقّها فى إحدى الروايتين ، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجيّة بإقرارها ، أو ببيّنة فإن قلنا ، الصلح باطل ، فالنكاح باقٍ بحاله . لأنّه لم يوجد من الزوج طلاق ، ولا خلع ، وإن قلنا : هو صحيح ، احتمل ذلك أيضاً . ولذلك احتمل أن تبين منه بأخذ العوض . لأنه أخذ العوض عمّا يستحقّه من نكاحها ، فكان خلعاً ، كما لو أقرّت له بالزوجيّة ، فخالعها ، ولو ادّعت أنّ زوجها طلّقها ثلاثاً ، فصالحها على مالٍ لتنزل عن دعواها ، لم يجز . لأنّه لا يجوز لها بذلُ نفسها لمطلّقها بعوض ، ولا بغيره . وإن دفعت إليه مالاً ليقرّ بطلاقها ، لم يجز فى أحد الوجهين ، وفى الآخر : يجوز . كما لو بذلت له عوضاً ليطلّقها ثلاثاً .

٣٤٦٤ (فصل) وإن ادّعى على رجل أنّه عبده ، فأنكره ، فصالحه على مال ليقرّ له بالعبوديّة ، لم يجز ، لأنّه يُحِلّ حراماً . فإنّ إرقاق الحرّ نفسه لا يَحِلّ بعوض ، ولا بغيره ، وإن دفع إليه المدّعى عليه مالاً صُلحاً عن دعواه ، صحّ . لأنه يجوز أن يُعتق عبده بمال ، ويُشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه ، والخصومة المتوجّهة إليه . ولو ادّعى على رجل ألفاً ، فأنكره ، فدفع إليه شيئاً ليقرّ له بالألف ، لم يصحّ . فإن أقرّ لزمه ما أقرّ به ، ويرد ما أخذه . لأنه تبيّن بإقراره كذبُه فى إنكاره ، وأنّ الألف عليه . فيلزمه أداؤه بغير عوض . ولا يحلّ له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه ، وإن دفع إليه المنكر مالاً صُلحاً عن دعواه ، صحّ ، وقد مضى ذكره .

٣٤٦٥ (فصل) ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح ، لأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به ، كدين آدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة ، كالزكاة ، ونحوها . فلا يجوز كتمانه ، ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك، كما لا يجوز أخذ العوض عن شُرب الخمر ، وترك الصلاة .

الثاني : أن يُصالحه على أن لا يشهد عليه بالزور . فهذا يجب عليه ترك ذلك،ويحرُم عليه فعله.فلايجوز أخذ العوض عنه ، كما لا يجوز أن يُصالحه على أن لا يقتله ، ولا يغصب ماله .

الثالث : أن يُصالحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حداً ، كالزنا ، والسرقة ، فلا يجوز أخذُ العوض عنه . لأن ذلك ليس بحق له . فلم يجز له أخذ عوضه ، كسائر ما ليس بحق له. ولو صالح السارق ، والزانى، والشارب ، بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان ، لم يصحّ الصلحُ ، لذلك ، ولم يجز له أخذ العوض ، وإن صالحه عن حَدّ القذف ، لم يصح الصلحُ . لأنه إن كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه ، لكونه ليس بحق له . فأشبه حد الزنا ، والسرقة ، وإن كان حقًّا له ، لم يجز الاعتياض عنه ، لكونه حقًّا ليس بمالى . ولهذا لا يسقُط إلى بدلٍ ، بخلاف القِصاص . ولأنه شُرع لتنزيه العِرْض . فلا يجوز أن يعتاض عن عِرْضه بمالٍ ، وهل يسقُط الحدّ بالصلح ؟ فيه وجهان ، مبنيّان على الخلاف فى كونه حقاً لله تعالى ، أو حقًّا لآدمى .

فإن كان حقًّا لله تعالى لم يسقُط بصلح الآدمى ، ولا إسقاطه ، كحد الزنا ، والسرقة ، وإن كان حقاً لآدمى سقط بصلحه ، وإسقاطه ، مثل القصاص . فإن صالح عن حقّ الشفعة لم يصح الصلح . لأنه حقٌّ شُرع على خلاف الأصل ، لدفع ضرر الشركة ، فإذا رضى بالتزام الضرر سقط الحقّ من غير بَدَل ، كحد القذف ، إلاّ أنّه يسقط ههنا وجهاً واحداً . لكونه حقاً لآدمى .

٣٤٦٦ (فصل) ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذٍ جناحاً،وهو الرّوْشَنُ[1] ، يكون على أطراف خشبةٍ مدفونة فى الحائط ، وأطرافها خارجةٌ فى الطريق ، سواء كان ذلك يضرّ فىالعادة بالمارّة أو لا يضرّ، ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطاً[2] ، بطريق الأولى ، وهو المستوفى لهواء الطريق كلّه على حائطين ، سواء كان الحائطان مِلْكه ، أو لم يكونا ، وسواء أذن الإمامُ فى ذلك ، أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل : إن لم يكن فيه ضرر جاز إذنُ الإمام . لأنّه نائبهم ، فجرى إذْنه مجرى إذن المشتركين فى الدرب الذى ليس

---

(١) الروشن : مثل « البلكونة » الآن ، غير أنه يكون خارجاً أكثر منها فى شارع ضيق.

(٢) الساباط : السقف يغطى الطريق بين دارين.

بنافذٍ ، وقال أبو حنيفة : يجوز من ذلك مالا ضرر فيه ، وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعُه ، وقال مالك ، والشافعيّ ، والأوزاعيّ ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد : يجوز ذلك إذا لم يضرّ بالمارة ، ولا يملك أحدٌ منعه ، لأنه ارتفق بما لم يتعيّن ملك أحد فيه من غير مَضرّة ، فكان جائزاً ، كالمشى فى الطريق ، والجلوس فيها ، واختلفوا فيما لا يضرّ ، فقال بعضهم : ان كان فى شارع تمرّ فيه الجيوش ، والأحمال ، فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورُمحه منصوبٌ لايبلُغه ، وقال أكثرهم : لا يقدّر بذلك. بل يكون بحيث لا يضرّ بالعماريات ، والمحامل .

ولنا : أنه بناء فى ملك غيره بغير إذنه ، فلم يجز . كبناء الدكّة . أو بناء ذلك فى دَرْبٍ غير نافذ ، بغير إذن أهله ، ويُفارق المرور فى الطريق . فإنّها جُعلت لذلك ، ولا مضرّة فيه ، والجلوس لايدوم ، ولا يمكن التحرّز منه ، ولا نسلّم أنه لا مضرّة فيه ، فإنّه يُظلم الطريق ، ويسُدّ الضوء ، وربّما سقط على المارة ، أو سقط منه شيء . وقد تعلو الأرض بمرور الزمان ، فيصدِمُ رءوس النـاس ، ويمنع مرور الدوابّ بالأحمال ، ويقطع الطريق إلاّ على الماشى ، وقد رأينا مثلَ هذا كثيراً ، وما يُفضى إلى الضرر فى ثانى الحال يجب المنع منه فى ابتدائه ، كما لو أراد بناء حائط مائلٍ إلى الطريق يُخشى وقوعُه على من يمرّ فيها ، وعلى أبى حنيفة : أنّه بناء فى حقّ مشترك ، لو منع منه بعض أهله لم يجز . فلم يجز بغير إذنهم ، كما لو أخرجه إلى هواء دارٍ مُشتركة، وذلك لأن حقّ الآدميّ لا يجوز لغيره التصرّف فيه بغير إذنه،وإن كان ساكناً، كما لا يجوز إذا مُنع منه .

٣٤٦٧ (فصل) ولا يجوز أن يبنى فى الطريق دكّاناً بغير خلاف نعلمُـه ، سواء كان الطريق واسعاً، أو غير واسع ، سواء أذن الإمام فيه ، أو لم يأذن . لأنّـه بناء فى ملك غيره بغير إذنه ، ولأنّه يؤذى المارّة ، ويَضيّق عليهم ، ويعثرُ به العاثرُ ، فلم يجز ، كما لو كان الطريق ضيّقاً .

٣٤٦٨ (فصل) ولا يجوز أن يبنى دكّاناً ، ولا يُخرج رَوْشناً ، ولا ساباطاً على درب غير نافذ إلا بإذن أهله . وبهذا قال الشافعيّ ، إذا لم يكن له فى الدرب بابٌ ، وإن كان له فى الدرب بابٌ ، فقد اختلف أصحابه ، فمنهم من منعه أيضاً ، ومنهم من أجاز له إخراج الجناح ، والساباط . لأنّ له فى الدرب استطراقاً . فملك ذلك ، كما يملكه فى الدرب النافذ .

ولنا : أنه بناء فى هواء ملك قوم مُعيّنين . أشبه ما لو لم يكن له فيه بابٌ ، ولا نسلّم الأصل الذى قاسوا عليه . فأمّا إن أذن أهلُ الدرب فيه جاز . لأنّ الحقّ لهم . فجاز بإذنهم ، كما لو كان المالك واحداً، وإن صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم ، جاز ، وقال القاضى ، وأصحاب الشافعيّ : لايجوز ، لأنّه بيعٌ للهواء دون القرار .

ولنا : أنه يبنى فيه بإذنهم ، فجاز ، كما لو أذنوا له بغير عوض ، ولأنه ملك لهم ، فجاز لهم أخذُ عوضه ، كالقرار .

إذا ثبت هذا فإنّما يجوز بشرط كون ما يُخرجه معلومَ المقدار فى الخروج ، والعلوّ وهكذا الحكم فيما اذا أخرجه إلى مِلك إنسان مُعيّن . لا يجوز بغير إذنه ، ويجوز بإذنه بعوض ، وبغيره ، إذا كان معلومَ المقدار ، والله أعلم .

٣٤٦٩ (فصل) ولا يجوز أن يحفر فى الطريق النافذة بئراً لنفسه ، سواء جعلها لماء المطر ، أو ليستخرج منها ما ينتفع به ، ولا غير ذلك ، لما ذكرناه من قبل ، وإن أراد حفرها للمسلمين ونفعهم ، أو لنفع الطريق ، مثل أن يحفرها ليستقى الناسُ من مائها ، ويشرب منه المارّة ، أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق ، نظرنا : فإن كان الطريق ضيّقاً ، أو يحفرها فى ممرّ الناس ، بحيثُ يُخاف سقوط إنسان فيها ، أو دابّة أو يُضيّق عليهم ممرّهم ، لم يجز ذلك . لأنّ ضررها أكثرُ من نفعها ، وإن حفرها فى زاوية فى طريق واسع ، وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها ، جاز . لأن ذلك نفعٌ بلا ضرر . فجاز ، كتمهيدها ، وبناء رصيف فيها . فأمّا ما فعله فى دربٍ غير نافذ ، فلا يجوز ، إلاّ بإذن أهله . لأنّ هذا ملك لقوم مُعيّنين . فلم يجز فعل ذلك بغير إذنهم ، كما لو فعله فى بُستان إنسان ، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز ، سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره ، أو ليستقى منها ماء لنفسه ، أو حفرها للسبيل ، ونفع الطريق ، وكذلك إن فعل ذلك فى ملك إنسان مُعيّن

٣٤٦٠ (فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم ، ولا يجوزُ إخراجُها إلى دربٍ نافذٍ الاّ بإذن أهله ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ : يجوز إخراجه إلى الطريق الأعظم . لأنّ عمر رضى الله عنه « اجْتَازَ عَلَى دَارِ العَبَّاسِ وَقَدْ نَصَبَ مِيزاباً إلَى الطَّرِيقِ فَقَلَعَهُ ، فقالَ العباسُ : تَقْلَعُهُ وَقَدْ نَصَبَهُ رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عليهِ وَسَلّمَ ، بِيَدِهِ ؟ فقال : وَاللهِ لاَ نَصَبْتَهُ إلاّ عَلَى ظَهْرِى ، وَانْحَنَى حَتَّى صَعِدَ عَلَى ظَهْرِهِ فَنَصَبَهُ » وما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فلغيره فعله ، مالم يقُم دليل على اختصاصه به ، ولأنّ الحاجة تدعو إلى ذلك ، ولا يمكنه ردّ مائه إلى الدار . ولأنّ الناس يعملون ذلك فى جميع بلاد الإسلام من غير نكير .

ولنا : أن هذا تصرّف فى هواء مُشترك بينه وبين غيره بغير اذنه ، فلم يجز ، كما لو كان الطريق غير نافذ . ولأنّه يضرّ بالطريق ، وأهلها ، فلم يجز ، كبناء دكّة فيها أو جناح يضرّ بأهلها . ولا يخفى مافيه من الضرر ، فانّ ماءه يقع على المارّة ، وربّما جرى فيه البول ، أو ماء نجس ، فينجّسهم ، ويُزلق الطريق ويجعل فيها الطين ، والحديث قضيّةٌ فى عيْن . فيحتمل أنّه كان فى درب غير نافذ ، أو تجدّدت الطريق بعد

نصبه ، ويحتمل أن يجوز ذلك . لأنّ الحاجة داعيةٌ إليه ، والعادة جارية به ، مع ما فيه من الخبر المذكور .

٣٤٧١ (فصل) ولا يجوز أن يفتح فى الحائط المشترك طاقاً ، ولا باباً إلاّ بإذن شريكه ، لأنّ ذلك انتفاع بملك غيره ، وتصرّف فيه بما يضرّ به ، ولا يجوز أن يَغْرِز فيه وَتِداً ، ولا يُحدث عليه حائطا ، ولا يستره ، ولا يتصرّف فيه نوعَ تصرّف ، لأنّه تصرّف فى الحائط بما يضرُّ به ، فلم يجز ، كَنَقْضِه . ولا يجوز له فعل شىء من ذلك فى حائط جاره بطريق الأولى . لأنه إذا لم يجز فيما له فيه حقّ ، ففيما لا حقّ له فيه أولى . وإن صالحه عن ذلك بعوض ، جاز . وأما الاستناد إليه ، وإسناد شىء لا يضرُّه إليه ، فلا بأس به لأنّه لا مضرّة فيه ، ولا يمكن التحرُّز منه . أشبه الاستظلال به .

٣٤٧٢ (فصل) فأما وضع خشبه عليه ، فإن كان يضرُّ بالحائط لضعفه عن حمله ، لم يجز ، بغير خلاف نعلمه . لما ذكرنا . ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ » وإن كان لا يضرُّ به إلا أن به غُنْيةً عن وضع خَشَبِهِ عليه ، لإمكان وضعه على غيره . فقال أكثر أصحابنا : لا يجوز أيضاً. وهو قول الشافعىّ ، وأبى ثور . ولأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه ، من غير حاجةٍ ، فلم يجز ، كبناء حائط عليه ، وأشار ابن عقيل إلى جوازه . لما رَوى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لاَ يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشَبَهُ عَلَى جِدَارِهِ » متفق عليه ، ولأنّ ما أبيح للحاجة العامّة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة ، كأخذ الشِّقْص بالشُّفعة من المشترى ، والفسخ بالخيار ، أو بالعيب ، واتخاذ الكلب للصيد ، وإباحة السَلَم ، ورُخَص السفر ، وغير ذلك ، فأما إن دعت الحاجة إلى وضعه على حائط جاره ، أو الحائط المشترك ، بحيثُ لا يمكنه التسقيف بدونه . فإنه يجوز له وضعه بغير إذن الشريك . وبهذا قال الشافعىّ فى القديم . وقال فى الجديد : ليس له وضْعُه . وَهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، لأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجزّ كزراعته .

ولنا : الخبر . ولأنّه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضرّ به ، أشبه الاستناد إليه ، والاستظلال به . ويفارق الزرع . فإنّه يضرّ ، ولم تدعُ إليه حاجة .

إذا ثبت هذا فاشترط القاضى ، وأبو الخطاب للجواز أن يكون له ثلاثةُ حيطان ، ولجاره حائط واحد . وليس هذا فى كلام أحمد . إنّما قال فى رواية أبى داود : لا يمنعه إذا لم يكن ضرر ، وكان الحائط يبقى ، ولأنه قد يمتنع التسقيف على حائطين ، إذا كانا غير متقابلين ، أو كان البيت واسعاً يحتاج إلى أن يجعل عليه جسراً ، ثم يضع الخشب على ذلك الجسر . والأولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه ، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ ، واليتيم ، والمجنون ، والعاقل ، لما ذكرنا . والله أعلم .

٣٤٧٣ (فصل) فأما وضعه فى جدار المسجد إذا وُجد الشرطان ، فعن أحمد فيه روايتان :

إحداهما : الجواز . لأنه إذا جاز فى ملك الجار مع أن حقّه مبنىّ على الشحّ ، والضّيق . فنى حقوق الله تعالى المبنيّة على المُسامحة ، والمُساهلة أولى .

والثانية : لا يجوز . نقلها أبو طالب. لأن القياس يقتضى المنع فى حقّ الـكل ، ترك فى حق الجار للخبر الوارد فيه . فوجب البقاء فى غيره على مقتضى القياس . وهذا اختيار أبى بكر . وخرّج أبو الخطاب من هذه الرواية وجهاً للمنع من وضع الخشب فى ملك الجـار . لأنه إذا متنع من وضع الخشب فى الجدار المشترك بين المسلمين ، وللواضع فيه حقّ . فَلأنْ يُمنع من المالك المختصّ بغيره أولى . ولأنّه إذا منع فى حقّ الله تعالى مع أنّ حقّه على المسامحة ، والمساهلة ، لِغنَى الله تعالى ، وكرمه . فلأن يُمنع فى حقّ آدمىّ مع شحّه وضِيقه أولى، والمذهبُ الأول .

فإن قيل : فلم لا تجيزون فتح الطاق ، والباب فى الحائط ، بالقياس على وضع الخشب ؟

قلنا : لأن الخشب يُمسِك الحائط ، وينفعُه ، بخـلاف الطاق ، والباب . فإنّه يضعِفُ الحائط . لأنّه يبقى مفتوحا فى الحائط . والذى يفتحه للخشبة يسدّه بها . ولأن وضعَ الخشب تدعو الحاجة إليـه ، بخلاف غيره .

٣٤٧٤ (فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط ، فزال بسقوطه ، أو قلعه ، أو سقوط الحائط ، ثم أعيد ، فله إعادةُ خشبه . لأن السبب المجوّز لوضعه مستمرّ ، فاستمرّ استحقاق ذلك . وإن زال السبب ، مثل أن يخشى على الحائط من وضعه عليه ، أو استغنى عن وضعه ، لم تجز إعادته لزوال السبب المبيح . وإن خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه ، أو استغنى عن وضعه ، لزم إزالتُه . لأنّه يضرُّ بالمالك . ويزول الخشب ، وإن لم يخف عليه ، لـكن استغنى عن إبقائه عليه ، لم يلزم إزالته لأنّ فى إزالته ضرراً بصاحبه . ولا ضرر على صاحب الحائط فى إبقائه ، بخلاف مالو خشى سقوطه .

٣٤٧٥ (فصل) ولو كان له وضع خشبه على جـدار غيره ، لم يملك إعارته ، ولا إجارته ، لأنّه إنما كان له ذلك لحاجته الماسّة إلى وضع خشبه ، ولا حاجـة له إلى وضع خشب غيره ، فلم يملـكه . وكذلك لا يملك بيعَ حقّه من وضع خشبه ، ولا المصالحة عنه للمالك ، ولا لغيره . لأنّه أبيح له من حقّ غيره لحاجته فلم يجز له ذلك فيه ، كطعام غيره إذا أبيح له من أجل الضرورة ، ولو أراد صاحبُ الحائط إعارةَ الحائط ، أو إجارته على وجه يمنع هذا المستحقّ من وضع خشبه ، لم يملك ذلك . لأنه وسيلة إلى منع ذى الحقّ من حقه ، فلم يملـكه كمنعه . ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة ، لم يملك ذلك . لما فيه من تفويت الحقّ ، وإن احتاج إلى هدمه للخوف من انهدامه ، أو لتحويله إلى مكان آخر ، أو لغرض صحيح . ملك ذلك ، لأنّ

صاحب الخشب إنّما يثبُت حقّه الإرفاق به ، مشروطا بعدم الضرر بصاحب الحـقّ . فمتى أفضى إلى الضرر زال الاستحقاق . لزوال شرطه .

٣٤٧٦ (فصل) وإذا أذن صاحب الحائط لجاره فى البناء على حائطه ، أو وضع سترة عليه . أو وضع خشبه عليه فى الموضع الذى يستحقّ وضعه ، جاز . فإذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية لازمةً . فإذا رجع المُعيرُ فيها ، لم يكن له ذلك ، ولم يلزم المستعير إزالة ما فعـله . لأنّ إذنه اقتضى البقاء . والدوام ، وفى القلع إضرار به ، فلا يملك ذلك المعير ، كما لو أعاره أرضا للدفن ، والغِراس ، لم يملك المطالبة بنقل الميّت ، والغراس بغير ضمان ، وإن أراد هدم الحائط لغير حاجةٍ ، لم يكن له ذلك . لأنّ المستعير قد استحقّ تبقية الخشب عليه ، ولا ضرر فى تبقيته . وإن كان مُستهدماً[1] فله نقضُـه . وله على صاحب البناء ، والخشب ، إزالته . وإذا أعيد الحائط لم يملك المستعيرُ ردّ بنائه ، وخشبه ، إلاّ بإذن جـديد ، سواء بناه بآلاته ، أو غيرها ، وهكذا لو قلع المستعيرُ خشباً ، أو سقط بنفسه ، لم يكن له ردُّه إلاّ بإذن مستأنَفٍ . لأنّ المنع من القلع إنّما كان لما فيه من الضرر ، وههنا قد حصل القلع بغير فعله ، فأشبه مالو كان فى الأرض شجرٌ ، فانقلع ، وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، وقالوا فى الآخَر : له ذلك . لأنه قد استحقّ بقاء ذلك على التأبيد . وليس كذلك ، فإنّه إنما استحقّ الإبقاء ضرورةَ دفع ضرر القلع . وقد حصـــل القلع ههنا . فلا يبقى الاستحقاق ، وإن قلع صاحب الحائط ذلك عُدواناً ، كان للآخر إعادتُه ، لأنه أزيل بغير حقّ تعدّياً ممّن عليه الحقُّ ، فلم يسقط الحقُّ عنه بعدوانه . وإن أزاله أجنبىٌّ لم يملك صاحبه إعادته بغير إذن المالك . لأنه زال بغير عدوان منه . فأشبه مالو سقط بنفسه .

٣٤٧٧ (فصل) وإن أذن له فى وضع خشبه ، أو البناء على جداره بعوض ، جاز . سواء كان إجارةً فى مـدّة معلومة ، أو صُلحاً على وضعه على التأبيد . ومتى زال فله إعادته ، سواء زال لسقوطه ، أو سقوط الحائط ، أو غير ذلك ، لأنّه استحقّ ابقاءه بعوض ، ويحتاج إلى أن يـكون البناء معـلوم العَرْض ، والطول ، والسُّمك ، والآلات ، من الطين ، واللَّـبِن ، والآجُرّ ، وما أشبه ذلك . لأن هذا كلّه يختلف ، فيحتاج إلى معرفته ، وإذا سقط الحائط الذى عليه البناء ، أو الخشب ، فى أثناء مدّة الإجارة سقوطاً لا يعود ، انفسخت الإجارة فيما بقى ، ورجع من الأجرة بقسط مابقى من المدّة . وإن أعيد رجع من الأجرة بقدر المدّة التى سقط فيها البناء ، والخشب عنه ، وإن صالحه مالك الحائط على رفع بنائه ، أو خشبه بشىء معلوم ، جاز ، كما يجوز الصلح على وضعه ، سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذى صُولح به على وضعه ، أو أقلّ ، أو أكثر . لأن هـذا عوض عن المنفعة المستَحَقة له . وكذلك لو كان له مسيل ماء فى أرض غيره ، أو

(١) مستهدما : يعنى (آيل للسقوط) كما يقال فى عرفنا اليوم .

ميزاب ، أو غيره ، فصالح صاحب الأرض مُسْتَحِقّ ذلك بعوض ، ليزيله عنهُ جاز. وإن كان الخشب، أو الحائط قد سقط ، فصالحهُ بشيء ، على أن لا يعيده جاز . لأنه لمَّا جاز أن يبيع ذلك منهُ ، جاز أن يُصالح عنهُ . لأن الصلح بيع .

٣٤٧٨ (فصل) وإذا وجد بناؤه ، أو خشبهُ على حائط مشترك ، أو حائط جاره ، ولم يعلم سببه . فمتى زاد فله إعادته . لأنّ الظاهر أنّ هذا الوضع بحقّ من صلح ، أو غيره ، فلا يزول هذا الظاهر حتّى يعلم خلافه ، وكذلك لو وجد مسيل مائه فى أرض غيره ، أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره ، وما أشبه هذا فهو له ، لأن الظاهر أنه له بحق ، فجرى ذلك مجرى اليد الثابتة ، وإذا اختلفا فى ذلك : هل هو بحقّ أوْ بعُدوان ؟ فالقول قول صاحب الخشب ، والبناء ، والمسيل مع يمينه . لأن الظاهر معه .

٣٤٧٩ (فصل) إذا ادَّعى رجل داراً فى يد أخوين ، فأنكره أحدهما ، وأقر له الآخر ، ثم صالحه عمّا أقرّ لهُ بعوض ، صحّ الصلح . ولأخيه الأخذ بالشفعة . ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الإنكار مطلقاً ، وبين ما إذا قال . هذه لنا ، ورثناها جميعاً عن أبينا ، أو أخينا ، فيقال : إذا كان الإنكار مطلقاً ، كان لهُ الأخذ بالشُّفْعَة . وإن قال : ورثناها عن أبينا ، فلا شُفْعَة لهُ . لأن المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقرّ ، لم يزل ، وأن الصلح باطل . فيؤاخذ بذلك ، ولا يستحقّ به شفعة .

ووجه الأول : أن الملك ثبت لِلْمُدّعِي حكما . وقد رجع إلى المقرّ بالبيع . وهو معترف بأنّهُ بيع صحيح ؛ فتثبت فيهِ الشُّفْعَة ، كما لو كان الإنكار مُطْلَقًا . ويجوز أن يكون انتقل نصيبُ المقرّ إلى المدّعِي ، ببيع ، أو هبة ، أو سبب من الأسباب . فلا يتنافى إنكار المنكر ، وإقرارُ المقرّ ، كحالة إطلاق الإنكار ، وهذا أصحّ .

٣٤٨٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا تداعى نفسان جداراً معقوداً ببناء كلّ واحد منهما تحالفا ، وكان بينهما ، وكذلك إن كان محلولا من بنائهما . وإن كان معقوداً ببناء أحدهما ، كان له مع يمينه ﴾

وجملة ذلك : أن الرجلين إذا تداعيا حائطاً بين ملكيهما ، وتساويا فى كونهِ معقوداً ببنائهما معاً . وهو أن يكون متّصلا بهما اتّصالا لا يمكنُ إحداثه بعد بناء الحائط ، مثل اتّصال البناء بالطّين ، كهذه القطائر التى لا يمكن إحداثُ اتّصال بعضها ببعض ، أو تساويا فى كونه محلولا من بنائهما ، أى غير متّصل ببنائهما الاتّصال المذكور . بل بينهما شقّ مُستطيل ، كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر . فهما سواء فى الدعوى . فإن لم يكن لواحدٍ منهما بيِّنة تحالفا . فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط : أنه له . ويجعل بينهما نصفين . لأن كلّ واحدٍ منهما يده على نصف الحائط . لكون الحائط فى أيديهما . وإن حلف كلّ واحدٍ منهما على جميع الحائط : أنه له ، وما هو لصاحبه ، جازَ . وهو بينهما . وبهذا قال

أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر . ولا أعلم فيه مخالفاً ، وذلك لأنّ المختلفين فى العين إذا لم يكن لواحد منهما بيّنة ، فالقولُ قولُ مَن هى فى يده ، مع يمينه . فإذا كانت فى أيديهما كانت يد كلّ واحد منهما على نصفها . فيكون القول قولَه فى نصفها مع يمينه ، وإن كان لأحدهما بيّنة حُكم له بها ،وإن كان لكلّ واحد منهما بيّنة تعارضتا ، وصارا كمن لا بيّنة لهما ، فإن لم يكن لهما بيّنة ، ونكلا عن اليمين ، كان الحائط فى أيديهما على ما كان ، وإن حلف أحدهما ، ونكل الآخر ، قُضِىَ على الناكل . فكان الكلّ للآخر ، وإن كان الحائط متّصلا ببناء أحدهما دون الآخر ، فهو لهُ مع يمينه . وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعىّ . وقال أبو ثور : لا يرجّح بالعقد، ولا ينظر إليه.

ولنا : أن الظاهر أن هذا البناء بُنى كله بناء واحداً ، فإذا كان بعضُه لرجل كان بقيّته لهُ ، والبناء الآخر المحلول ، الظاهر : أنه بُنِىَ وَحْده . فإنه لو بُنى مع هذا كان متّصلا به . فالظاهر : أنه لغير صاحب هذا الحائط المختلَف فيه . فوجب أن يرجّح بهذا كاليد ، والأزَج [1] .

فإن قيل : فلم لم تجعلوه له بغير يمين لذلك ؟

قلنا : لأن ذلك ظاهر . وليس بيقين . إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرّعًا مع حائطه ، أو كان له فوهبه إيّاه ، أو بناه بأجْرَة . فشُرِعت اليمين من أجل الاحتمال ، كما شُرِعت فى حَقّ صاحب اليد ، وسائر من وجبت عليه اليمين ، فأمّا إن كان معقوداً ببناء أحدهما عقداً يمكن إحداثه ، مثل البناء باللبن ، والآجُرّ ، فإنه يمكن أن يُنزع من الحائط المبنىّ نصفُ لَبِنة ، أو آجرّة ، أو يُجعل مكانها لَبِنة صحيحة ، أو آجُرّة صحيحة ، تعقد بين الحائطين ، فقال القاضى : لا يرجّح بهذا لاحتمال أن يكون صاحب الحائط فعل هذا ليمتلك الحائط المشترك . وظاهر كلام الخِرَقىّ أنه يرجّح بهذا الاتصال ، كما يرجّح بالاتصال الذى لا يمكن إحداثه . لأن الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرّف فيه بنزع آجرّه ، وتغيير بنائه ، وفعل ما يدل على ملكه . فوجب أن يرجّح بهذا ، كما يرجّح باليد . فإنّه يمكن أن تكون يداً عادية ، حدثت بالغصب ، أو بالسرقة ، أو العارية ، أو الإجارة . فلم يمنع ذلك الترجيح بها .

٢٤٨١ (فصل) فإن كان لأحدهما عليه بناء ، كحائط مبنىّ عليه ، أو عقد معتمد عليه ، أو قُبّة ، ونحوها ، فهو له . وبهذا قال الشافعىّ . لأنّ وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه ، لكونه منتفعاً به .

---

(١) الأزج : نوع من الأبنية ، ويقال أزجه تأزيجاً إذا بناه وطوله ، والمراد هنا التعلية ، أى كاليد وكتعلية البناء

لجرى مجرى كون حمله على البهيمة وزرعهِ فى الأرض . ولأن الظاهر : أنّ الإنسان لا يترك غيره يبنى على حائطه . وكذلك ان كانت له عليه سُتْرَة ، ولو كان فى أصل الحائط خشبةٌ طرفُها تحت حائط ، ينفرد به أحدهما ، أو له عليها أزَجٌ معقود ، فالحائط المختلَف فيه له . لأنّ الظاهر أن الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها . فيكون الظاهر أنّ ما عليها من البناء له .

(فصل) فإن كان لأحدهما خشب موضوع ، فقال أصحابنا : لا ترجّح دعواه بذلك . وهو قول الشافعىّ لأنّ هذا مما يسمح به الجار . وقد ورد الخبر بالنهى عن المنع منه . وعندنا أنه حقّ يجب التمكين منه . فلم ترجّح به الدعوى ، كإسناد متاعه إليه ، وتجصيصه ، وتزويقه ، ويحتمل أن ترجّح بِهِ الدعوى . وهو قول مالك ، لأنه مُنْتَفِـع بِهِ ، بوضع ماله عليه . فأشبه البانى عليه ، والزارع فى الأرض ، وورود الشرع بالنهى عن المنع منهُ لا يمنع كَوْنه دليلاً على الاستحقاق . بدليل أنّا استدللنا بوضعهِ على كون الوضع مُسْتَحَقًّا على الدوام ، حتى متى زال جازت إعادتهُ ، ولأنّ كونه مُسْتَحَقًّا تشترط له الحاجة إلى وضعه . ففيما لا حاجة إليه له منعه من وضعه . وأما السماح بِهِ ، فإنّ أكثر الناس لا يتسامحون به ، ولهذا لمّا روى أبو هريرة الحديث عن النبىّ صلى الله عليه وسلم طأطئوا رءوسهم كراهةً لذلك . فقال « مَالِى أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ ؟ وَاللهِ لَأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ » وأكثر الفقهاء لاَ يُوجبون التمكين من هذا . ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه . ولأن الحائط يبنى لذلك ؟ فيرجّح بِهِ كالأزج ، وقال أصحاب أبى حنيفة : لا ترجّح الدعوى بالجِذْع الواحد . لأنّ الحائط لا يُبْنَى له ، ويرجّح بالجِذعين ، لأن الحائط يُبْنَى لهما .

ولنا : أنه موضوع على الحائط . فاستوى فى ترجيح الدعوى به قليلُه ، وكثيرُهُ كالبناء .

٣٤٨٢ (فصل) ولا ترجّح الدعوى بكون الدواخل إلى أحدهما ، والخوارج ، ووجوه الآجرّ ، والحجارة ، ولا كون الآجُرَّة الصحيحة مما يلى ملك أحدهما ، وأقطاع الآجُرْ إلى ملك الآخر ، ولا بمعاقد القُمُطِ [1] فى الخُصّ ، يعنى عُقَد الخيوط التى يُشَدّ بها الخُصّ ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يحكم بِهِ لمن إليه وجهُ الحائط ، ومعاقِدُ القُمُط . لما رَوَى نمرُ بن جارية التميمىّ ، عن أبيه « أَنَّ قَوْمًا اخْتَصَمُوا إِلَى النبىّ صَلّى الله عليهِ وسلم فى خُصّ . فبعث حُذَيْفَةَ بنَ اليَمَان لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ ، فَحَكَمَ بِهِ لِمَنْ يَلِيهِ مَعَاقِدُ القُمُطِ . ثُمَّ رَجَعَ إِلَى النَّبِىّ صَلّى الله عليهِ وَسَلم ، فَأَخْبَرَهُ فقال :

---

(١) الخص البيت من البوص ، والقمط : جمع قِمط بكسر القاف وسكون الميم ، وهو الحبل الذى يشد به البوص عند بناء الخص .

أصبت ، وأحسنت » رواه ابن ماجه : ورُوى نحوه عن علىّ . لأنّ العرف جَارٍ بأن من بنى حَائطاً جَعَل وَجه الحائط إليه .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » ولأنَّ وَجْه الحائط ، ومعاقد القُمَط إذا كانا شريكين فيه ، لا بدَّ من أن يكون إلى أحدهما . إذ لا يمكن كونه إليهما جميعاً ، فبطلت دلالته كالتزويق ، ولأنّه يُرَاد للزينة ، فأشبه التزويق ، وحديثهم لا يُثبتهُ أهلُ النقل ، وإسناده مجهول ، قاله ابن المنذر . قال الشَّالَنْجِيّ : ذكرت هذا الحديث لأحمد فلم يُقنعه . وذكرته لإسحَاق بن راهوية ، فقال : ليس هذا حديثاً . ولم يصحّحه ، وحديث علىّ فيه مقال ، وما ذكروه من العرف ليس بصحيح . فإنّ العادة جعل وجه الحائط إلى خارجٍ ليراه الناس ، كما يلبس الرجل أحْسن أثوابه أعلاها الظاهرُ للناس ، ليروه ، فيتزَّين به . فلا دليل فيه .

٣٤٨٣ (فصل) ولا ترجّح الدعوى بالتزويق ، والتحسين ، ولا بكون أحدهما له عَلَى الآجُرُ سُتْرَة غيرُ مبنيةٍ عليه . لأنه مما يتسامح به ، ويمكن إحداثه .

٣٤٨٤ (فصل) وإن تنازع صاحب العُلوْ والسُّفل ، فى حَوائط البيت السفلانىّ ، فهى لصاحِب السُّفل ، لأنه المنتفع بها . وهى من جملة البيت . فكانت لصاحِبه . وإن تنازعا حوائط العُلوْ ، فهى لصاحِب العُلوْ ، لذلك ، وإن تنازعا السقف ، تحالفا ، وكان بينهما . وبهذا قال الإمام الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : هو لصاحب السُّفل . لأن السقف على ملكه ، فكان القول قوله ، كما لو تنازعا سرجاً على دابَّة أحدهما ، كان القول قولَ صاحبها . وحُكى عن مالك : أنه لصاحب السُّفل . وحُكى عنه : أنه لصاحب العُلو ، لأنه يجلس عليه ، ويتصرّف فيه ، ولا يمكنه السكنَى إلا به .

ولنا : أنه حاجز بين ملكيهما ، ينتفعان به ، غير متَّصل ببناء أحدهما اتِّصَال البنيان ، فكان بينهما ، كالحائط بين الملكين . وقولهم : هو على ملكِ صاحب السفل ، يبطل بحيطان العُلو . ولا يُشبه السرج على الدابة . لأنه لا ينتفع به غير صاحِبها ، ولا يراد إلا لها . فكان فى يده . وهذا السقف ينتفع به كلّ واحد منهما ، لأنه سماء صاحِب السُّفل يُظِلُّه ، وأرض صاحب العُلو تُقِلُّه : فاستويا فيه .

٣٤٨٥ (فصل) وإن تنازع صاحب العلو والسفل فى الدرجة التى يصعد منها . فإن لم يكن تحتها مَرْفَق لصاحب السّفل ، كسلّم مُسمّر ، أو دَكّة ، فهى لصاحب العلو وحده . لأنّ له اليد ، والتصرّف وحده . لأنّها مَصْعَدُ صاحب العُلوّ لا غير ، والعَرْصَة التى عليها الدرجة له أيضاً . لانتفاعه بها وحده ، وإن كان تحتها بيتٌ بنيت لأجله ، لتكون مَدْرَجاً للعُلو ، فهى بينهما . لأنّ يديهما عليها . ولأنّها سقف للسُّفلانىّ ، ومَوْطِئ للفَوْقانىّ . فهى كالسقف الذى بينهما . وإن كان تحتها طاقٌ صغير ، لم تَبْنَ

الدرجة لأجله ، وإنما جعل مرْفقاً يجعل فيه جُبُّ الماء ، ونحوه . فهى لصاحب العُلو ، لأنها بُنيت لأجله وحده ، ويحتمل أن تكون بينهما . لأنّ يدهما عليها، وانتفاعهما حاصل بها ، فهى كالسقف .

٣٤٨٦ (فصل) ولو تنازعا مَسْنَاةً[1] بين نهر أحدهما ، وأرض الآخر . تحالفا . وكانت بينهما . لأنّها حاجز بين ملكيهما ، فهى كالحائط بين الملكين .

٣٤٨٧ (فصل) إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم ، فطالب أحدهما إعادته ، وأبى الآخرُ . فهل يُجبر الممتنع على إعادته ؟ قال القاضى : فيه روايتان :

إحداها : يُجبر . نقلها ابن القاسم ، وحرب . وسندى . قال القاضى : هى أصحّ ، وقال ابن عقيل : وعلى ذلك أصحابنا ، وبه قال مالك فى إحدى روايتيه ، والشافعىّ فى قديم قولية . واختاره بعض أصحابه ، وصحّحه . لأن فى ترك بنائه إضراراً ، فيجبر عليه ، كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما ، وعلى النقض إذا خِيف سقوطه عليهما ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ » وهذا وشريكه يتضرّران فى ترك بنائه .

والرواية الثانية : لا يجبر . نقل عن أحمد ما يدلّ على ذلك ، وهو أقوى دليلاً ومذهبُ أبى حنيفة . لأنّه ملك لا حُرمةَ له فى نفسه . فلم يُجبر مالكه على الإنفاق عليه ، كما لو انفرد به ، ولأنّه بناء حائط ، فلم يُجبرعليه ، كالابتداء ، ولأنّه لا يخلو : إمّا أن يُجبر على بنائه لحقّ نفسه ، أو لحقّ جاره ، أو لحقّيهما جميعاً ، لا يجوز أن يُجبر عليه لحقّ نفسه . بدليل ما لو انفرد به ، ولا لحقّ غيره ، كما لو انفرد به جاره ، فإذا لم يكن كلّ واحد منهما مُوجباً عليه ، فكذلك إذا اجتمعا ، وفارق القسمة . فإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه، والبناء فيه مَضرّة لما فيه من الغرامة، وإنفاق ماله، ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجبارُه على إزالته بما فيه ضرر، بدليل قسمة ما فى قسمته ضرر، ويُفارق هدم الحائط إذا خِيف سقوطُه. لأنه يخاف سقوط حائطه على ما يتلفه، فيُجبَر على ما يُزيل ذلك ، ولهذا يُجبر عليه ، وإن انفرد بالحائط ، بخلاف مسألتنا، ولا نُسلِّم أنّ فى تركه إضراراً. فإن الضرر إنما حصل بانهدامه. وإنما ترك البناء ترك لما يحصُل النفع به ، وهذا لا يمنع الإنسان منه . بدليل حالة الابتداء . وإن سلّمنا أنه إضرار ، لكن فى الإجبار إضرار ، ولا يُزال الضرر بالضرر. وقد يكون الممتنع لا نفع له فى الحائط ، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع ، أو يكون مُعسراً ليس معه ما يبنى به، فيكلف الغرامة مع عجزه عنها، فعلى هذه الرواية: إذا امتنع أحدهما لم يُجبر . فإن أراد شريكه البناء ، فليس له منعُه منه، لأن له حقاً فى الحمل ورسماً. فلا يجوز منعه منه وله بناؤه بأنقاضه إن شاء،

(١) المسناة : الساقية

وبناؤه بآلة من عنده . فإن بناه بآلته ، وأنقاضه ، فالحائط بينهما على الشركة ، كما كان . لأن المنفق عليه إنما أنفق على التالف . وذلك أثر لا عين يملكها . وإن بناه بآلة من عنده ، فالحائط ملكه خاصّة ، وله منع شريكه من الانتفاع به ، ووضع خشبه ورسومه عليه . لأنّ الحائط له . وإذا أراد نقضه فإن كان بناه بآلته لم يملك نقضه . لأنّه ملكهما . فلم يكن له التصرّف فيه بما فيه مضرّة عليهما . وإن بناه بآلة من عنده ، فله نقضه ، لأنّه ملكه خاصّة . فإن قال شريكه : أنا أدفع إليك نصف قيمة البناء ، ولا تنقضه ، لم يُجْبَر . لأنّه لمّا لم يُجبر على البناء ، لم يُجبر على الإبقاء ، وإن أراد غير البانى نقضه ، أو إجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك ، على الروايتين جميعاً . لأنه إذا لم يملك منعه من بنائه ، فلأَنْ لا يملك إجباره على نقضه أولى ، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع ، ووضعُ خشب ؛ قال له : إمّا أن تأخذ منّى نصف قيمته ، وتمكّننى من انتفاعى ، ووضع خشبى ، وإمّا أن تقلع حائطك ، لنعيد البناء بيننا ، فيلزم الآخرَ إجابتُه . لأنّه لا يملك إبطال رسومه ، وانتفاعه ببنائه ، وإن لم يرد الانتفاع به ، فطالبه البانى بالغرامة ، أو القيمة ، لم يلزمه ذلك . لأنّه إذا لم يُجبر على البناء . فأولى أن لا يُجبر على الغرامة ، إلاّ أن يكون قد أذن فى البناء والإنفاق ، فيلزمه ما أذن فيه . فأمّا على الرواية الأولى : فمتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك ، فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله ، وأنفق عليه ، وإن لم يكن له مال ، فأنفق عليه الشريكُ بإذن الحاكم ، أو إذن الشريك ، رجع عليه متى قدر ، وإن أراد بناءه لم يملك الشريكُ منعَه ، وما أنفق : إن تبرّع به لم يكن له الرجوعُ به ، وإن نوى الرجوع به . فهل له الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجهين ، بناءً على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، وإن بناه لنفسه بآلته ، فهو بينهما . وإن بناه بآلة من عنده فهو له خاصّة . فإن أراد نقضه فله ذلك ، إلاّ أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته ، فلا يكون له نقضُه ، لأنّه إذا أُجبِر على بنائه ، فأولى أن يُجبر على إبقائه .

٣٤٨٨ (فصل) فإن لم يكن بين ملكيهما حائط قديم ، فطلب أحدُهما من الآخر مباناته حائطاً يحجز بين ملكيهما . فامتنع لم يُجبر عليه ، روايةً واحدةً . وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلاّ فى ملكه خاصّة . لأنّه لا يملك التصرّف فى ملك جاره المختصّ به ، ولا فى المالك المشترك بغير ماله فيه رسمٌ ، وهذا لا رسم له . ولا أعلم فى هذا خلافاً .

٣٤٨٩ (فصل) فإن كان السّفل لرجل ، والعلو لآخر ، فانهدم السقف الذى بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر ، فامتنع ، فهل يُجبر الممتنع على ذلك ؟ على روايتين ، كالحائط بين البيتين . وللشافعىّ قولان كالروايتين . وإن انهدمت حيطانُ السفل ، فطالبه صاحب العلو بإعادتها ، فعلى روايتين :

إحداهما : يُجبر وهو قول مالك ، وأبي ثور ، وأحد قولي الشافعيّ . فعلى هذه الرواية : يُجبر على البناء وحده . لأنّه ملكه خاصّة .

والثانية : لا يُجبر . وهو قول أبي حنيفة . وإن أراد صاحب العُلو بناءه لم يُمنع من ذلك ، على الروايتين جميعاً . فإن بناه بآلته فهو على ما كان ، وإن بناه بآلةٍ من عنده ، فقد رُوِى عن أحمد : لا ينتفع به صاحبُ السّفل ، يعني حتى يؤدّي القيمة . فيحتمل أن لا يسكن . وهو قول أبي حنيفة . لأنّ البيت إنّما يبنى للسّكنى ، فلم يملكه كغيره ، ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصّة من طرح الخشب ، وسَمْر الوتد ، وفتح الطاق . ويكون له السّكنى من غير تصرّف في ملك غيره ، وهذا مذهبُ الشافعيّ . لأن السُّكنَى إنّما هي إقامته في فناء الحيطان ، من غير تصرُّف فيها . فأشبه الاستظلال بها من خارج ، فأمّا إن طالب صاحبُ السّفل بالبناء ، وأبى صاحبُ العُلو ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا يُجبر على بنائه . ولا مساعدته . وهو قول الشافعيّ . لأنّ الحائط ملك صاحب السفل ، مختصّ به ، فلم يُجبر غيرُه على بنائه ، ولا المساعدة فيه ، كما لو لم يكن عليه عُلو .

والثانية : يُجبر على مساعدته ، والبناء معه ، وهو قول أبي الدرداء . لأنّه حائط يشتركان في الانتفاع به ، أشبه الحائط بين الدارَيْن .

٣٤٩٠ (فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما ، فانهدم ، فطالب أحدُهما من الآخر بناءه ، أو المساعدة في بنائه ، فامتنع لم يُجبر . لأنه إن كان الممتنع مالكه لم يُجبر على بناء ملكه المختصّ به ، كحائط الآخرِ وإن كان الممتنع الآخرُ لم يُجبر على بناء ملك غيره ، ولا المساعدة فيه . ولا يلزم على هذا حائط السّفل حيث يُجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه ، لأن الظاهر أن صاحب العُلو ملكه مستحِقًّا لإبقائه على حيطان السّفل دائماً فلزم صاحب السّفل تمكينه مما يستحِقّه . وطريقه البناء . فلذلك وجب ، بخلاف مسألتنا . وإن أراد صاحبُ الحائط بناءه ، أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعُه . لأنّه ملكه خاصّة . وإن أراد لجاره بناءه ، أو نقضه ، أو التصرف فيه لم يملك ذلك . لأنّه لا حقّ له فيه .

٣٤٩١ (فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائطَ المشترك ، أو السقف الذي بينهما نظرتَ : فإن خِيف سقوطُه ، ووجب هدمُه ، فلا شيء على هادمه . ويكون كما لو انهدم بنفسه . لأنه فعل الواجب ، وأزال الضرر الحاصل بسقوطه . وإن هدمه لغير ذلك فعليه إعادته ، سواء هدمه لحاجة أو غيرها ، وسواء التزم إعادته ، أو لم يلتزم ، لأن الضرر حصل بفعله . فلزمه إعادته .

٣٤٩٢ (فصل) فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين ، وملكه بينهما الثلث والثلثان ، لم يصحّ . لأنه يُصالح على بعض ماله ببعض . فلم يصحّ ، كما لو أقرّ بدارٍ ، فصالحه على سكناها ،

ولو اتفقا على أن يُحمّله كلّ واحد منهما ما شاء. لم يجز، لجهالة الحمل. فإنه يحمّله من الأثقال مالا طاقة له بحمله وإن اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز .

٣٤٩٣ (فصل) فإن كان بينهما نهر ، أو قناة ، أو دولاب ، أو ناعورة ، أو عين ، فاحتاج إلى عمارة . ففى إجبار الممتنع منهما روايتان . وحُكى عن أبى حنيفه : أنّه يُجبر ههنا على الانفاق . لأنّه لا يتمكن شريكه من مقاسمته ، فيضرّ به ، بخلاف الحائط ، فإنّه يمكنهما قسمة العَرْصَة . والأولى التسوية ، لأنّ فى قسمة العَرْصَه إضراراً بهما ، والانفاق أرفقُ بهما ، فكانا سواء . والحكم فى الدولاب، والناعورة كالحكم فى الحائط ، على ما ذكرناه ، وأما البئر ، والنهر ، فلكلٍّ واحد منهما الإنفاق عليه . وإذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء . لأنّ الماء ينبُع من ملكيهما ، وإنّما أثر أحدهما فى نقل الطّين منه . وليس له فيه عين مال ، فأشبه الحائط إذا بناه بآلته ، والحكم فى الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع فى النفقة على الحائط ، على ما مضى .

٣٤٩٤ (فصل) إذا كان لرجلين بابان فى زُقاق غير نافذ ، أحدهما قريب من باب الزقاق ، والآخر فى داخله . فللقريب من الباب نقلُ بابه إلى ما يلى باب الزّقاق ، لأنّ له الاستطراق إلى بابه القديم . فقد نقص من استطراقه ، ومتى أراد ردَّ بابه إلى موضعه الأول كان له . لأنّه حقّه لم يسقُط . وإن أراد نقل بابه تلقاء صدر الزّقاق لم يكن له ذلك . نصّ عليه أحمد ، لأنّه يقدّم بابه إلى موضع لا استطراق له فيه . ويحتمل جواز ذلك . لأنّه كان له أن يجعل بابه فى أوّل البناء فى أىّ موضع شاء ، فتركه فى موضع لا يسقُط حقّه ، كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقُط ، ولأن له أن يرفع حائطه كلّه ، فلا يُمنع من رفع موضع الباب وحده ، فأمّا صاحبُ الباب الثانى فإنْ كان فى داخل الدّرب بابٌ لآخر ، فحكمه فى التقديم والتأخير حكمُ صاحب الباب الأول سواء . وإن لم يكن له ثَمّ بابٌ آخر . كان له تحويلُ بابه حيثُ شاء . لأنه على الأول لا مُنازع له فيما تجاوز الباب الأول . وعلى الاحتمال الذى ذكرناه لكلّ واحد منهما ذلك ، ولو أراد كلّ واحد منهما أن يفتح فى داره باباً آخر ، أو يجعل داره دارَيْن يفتح لكلّ واحدةٍ منهما باباً جاز ، إذا وضع البابين فى موضع استطراقه ، وإن كان ظهر دار أحدهما إلى شارع نافذ ، أو زُقاقٍ نافذٍ ففتح فى حائطه باباً إليه جاز . ولأنّه يرتفق بما لم يتعيّن ملك أحدٍ عليه .

فإن قيل : فى هذا إضرار بأهل الدرب . لأنّه يجعله نافذاً يُستطرَق إليه من الشارع .

قلنا : لا يصير الدرب نافذاً . وإنّما تصير داره نافذةً . وليس لأحدٍ استطراق داره ، فأما إن كان بابه فى الشارع ، وظهر داره إلى الزّقاق الذى لا ينفذ ، فأراد أن يفتح باباً إلى الزّقاق للاستطراق لم يكن له ذلك . لأنه ليس له حقّ فى الدرب الذى قد تعيّن عليه ملك أربابه . ويحتمل الجواز كما ذكرنا فى الوجه

الذى قد تقدم ، وإن أراد أن يفتح فيه باباً لغير الاستطراق ، أو يجعل له باباً يسمّره ، أو شبا كاً جاز . لأنّه لمّا كان له رفع الحائط بجملته ، فبعضه أولى ، قال ابن عقيل : ويحتمل عندى أنه لا يجوز ، لأن شكل الباب مع تقادُم العهد ربّما استُدِلّ به على حقّ الاستطراق ، فيضرّ بأهل الدرب ، بخلاف رفع الحائط . فإنّه لا يدلّ على شىء .

٣٤٩٥ (فصل) وإذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهرُ كلّ واحدة منهما إلى ظهرِ الأخرى ، وباب كلّ واحدة منهما فى زُقاقٍ غير نافذٍ ، فرفع الحاجز بينهما ، وجعلهما داراً واحدةً جاز . وإن فتح من كلٍّ واحدة منهما باباً إلى الأخرى ، ليتمكّن من التطرّق من كلّ واحدة منهما إلى كلا الدارين لم يَجُز . ذكره القاضى . لأنّ ذلك يُثبِت الاستطراق فى الدرب الذى لا ينفذُ من دارٍ لم يكن لها فيه طريق . ولأن ذلك ربمَا أدّى إلى إثبات الشّفعة فى قول من يُثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين فى زُقاق الأخرى . ويحتمل جواز ذلك . لأنّ له رفع الحاجز جميعِه ، فبعضهُ أولى . وهذا أشبه . وما ذكرناه للمنع منتقض بما إذا رفع الحائط جميعه . وفى كلّ موضع قلنا : ليس له فعله إذا صالحه أهلُ الدرب بعوض معلوم ، أو أذِنوا له بغير عوض جاز

٣٤٩٦ (فصل) إذا تنازع صاحبُ البابين فى الدرب ، وتداعياه ، ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أنه يُحكم بالدرب من أوله إلى الباب الذى يلى أوله بينهما . لأنّ لهما الاستطراق فيه جميعاً وما بعده إلى صدر الدرب للآخر . لأنّ الاستطراق فى ذلك له وحده . فله اليد ، والتصرّف .

والوجه الثانى : أنّ مِنْ أوله إلى أقصى حائط الأول بينهما ، لأنّ ما يقابل ذلك لهما التصرّف فيه ، بناء على أن للأول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه ، وما بعد ذلك للثانى . لأنه ليس بفناء للأول ، ولا له فيه استطراق .

والثالث : يكون بينهما ، لأنّ لهما جميعاً يداً وتصرفاً . وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل عُلو خانٍ ، ولآخر سُفله ، ولصاحب العُلو درجةٌ فى أثناء صَحْن الخانِ ، فاختلفا فى الصحن ، فما كان من الدرجة إلى باب الخان بينهما ، وما وراء ذلك إلى صدر الخان على الوجهين . أحدهما : لصاحب السُّفل . والثانى : هو بينهما ، فإن كانت الدرجة فى صدر الصّحن ، فالصّحنُ بينهما لوجود اليد ، والتصرّف منهما جميعاً . فعلى الوجه الذى يقول : إن صدر الدرب مختصٌّ بصاحب الباب الصّدْرانىّ له أن يستبدل بما يختصّ به منه ، بأن يجعله دِهليزاً لنفسه أو يُدخله فى داره ، على وجه لا يضرّ بجاره ، ولا يضع على حائطه شيئاً ، لأنّ ذلك ملك ، ينفردُ به.

٣٤٩٧ (فصل) وليس للرجل التصرّف فى ملكه تصرّفا يضرّ بجاره ، نحو أن يبنى فيه حمّاماً بين الدُور ، أو يفتح خبّازاً بين العطّارين : أو يجعله دكّان قِصارة[1] يهُزّ الحيطان ، ويخرّبها ، أو يحفر بئراً إلى جانب بئر جاره ، يجتذب ماءها . وبهذا قال بعض أصحاب أبى حنيفة ، وعن أحمد رواية أخرى : لا يمنع . وبه قال الشافعىّ ، وبعض أصحاب أبى حنيفة . لأنه تصرّف فى ملكه المختصّ به . ولم يتعلق به حقّ غيره ، فلم يمنع منه ، كما لو طبخ فى داره ، أو خبز فيها ، وسلّموا أنه يمنع الدقّ الذى يهدم الحيطان ، وينثرها .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ » ولأن هذا إضرار بجيرانه ، فمنع منه كالدقّ الذى يهزّ الحيطان ، وينثرها ، وكسقى الأرض الذى يتعدّى إلى هدم حيطان جاره ، أو إشعال نارٍ تتعدّى إلى إحراقها ، قالوا : ههنا تعدّت النار التى أضرمها ، والماء الذى أرسله . فكان مرسلا لذلك فى ملك غيره ، فأشبه مالو أرسله إليها قصداً . قلنا : والدُّخان هو أجزاء الحريق الذى أحرقه ، فكان مُرسلا له فى ملك جاره ، فهو كأجزاء النار ، والماء ، وأما دُخان الخبز ، والطبيخ ، فإنّ ضرره يسير ، ولا يمكن التحرُّز منه ، وتدخُله المسامحة .

٣٤٩٨ (فصل) وإن كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر . فليس لصاحب الأعلى الصعود على سطحه على وجهٍ يُشرف على سطح جاره ، إلاّ أن يبنى سُترةً تستره ، وقال الشافعىّ : لا يلزمه عمل سُترة . لأنَّ هذا حاجز بين ملكيهما ، فلا يُجبر أحدهما عليه ، كالأسفل .

ولنا : أنه إضرار بجاره . فمنع منه ، كدقّ يهزُّ الحيطان . وذلك لأنه يكشف جاره ، ويطّلع على حُرَمه . فأشبه ما لو اطلع عليه من صير[2] بابه أو خَصَاصِه ، وقد دلّ على المنع من ذلك قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « لَوْ أَنَّ رَجُلاً اطَّلَعَ إِلَيْكَ فَخَذَفْتَهُ بِحَصَاةٍ فَفَقَأْتَ عَيْنَهُ لَمْ يَكُن عَلَيْكَ جُنَاحٌ » ويُفارق الأسفل . فإن تصرّفه لا يضرّ بالأعلى ، ولا يكشف داره .

٣٤٩٩ (فصل) إذا كانت بينهما عَرْصَةُ حائط ، فاتفقا على قَسْمها طولا جاز ذلك ، سواء اتفقا على قسمها طولا ، أو عرضاً ، لأنّها ملكهما ، ولا تخرج عنهما ، وإن اختلفا ، فطلب أحدهما قَسْمَها ، وهو أن يُجعل له نصف الطول فى جميع العرض ، وللآخر مثله . فقال أصحابنا : يُجبر الممتنع على القِسْمة . وهو مذهب الشافعىّ لأن ذلك لا يضرّ . فإذا اقتسما اقترعا . فكان لكلّ واحد منهما ما تخرج به القُرعة ، فإن كان مبنيًا فلا كلام وإن كان غير مبنىّ كان لكلّ واحد منهما أن يبنى فى نصيبه ، وإن أحبّ أن يُدْخل بعض

(١) القصارة : الصباغة ، والقصار يدق الملابس فيهز الحيطان .

(٢) صير الباب : شقه ، والخصاص : الخرق أو الخلل فى البناء أو الثقوب بين الحجارة .

عَرْصَتِهِ فى داره فعل ، وإن أحبّ أن يزيد فى حائطه من عَرْصَتِهِ فعل ، ويحتمل أن لا يُجبر على القسمة ، لأنها توجب اختصاص كلّ واحد منهما ببعض الحائط المقابل لملك شريكه ، وزوال ملك شريكه ، فيتضرّر . لأنه لا يقدر على حائط يستُر ملكه ، وربّما اختار أحدهما أن لا يبنى حائطه ، فيبقى ملك كلّ واحد منهما مكشوفاً ، أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه . وهذا ضرر . لا يرِدُ الشرع بالإجبار عليه .

فإن قيل : فإذا كان مشتركاً تمكّن أيضاً من منع شريكه وضع خشبه عليه .

قلنا : إذا كان له عليه رسم وضع خشبه ، أو انتفاع به ، لم يملك منعه من رسمه ، وههنا يملك منعه بالكلّيّة ، وأمّا إن طلب قَسْمها عرضاً ، وهو أن يجعل لكلّ واحد منهما نصف العرض فى كمال الطول ، نظرنا : فإن كانت العَرْصَةُ لا تتّسع لحائطين لم يُجبر الممتنع من قسمها ، واختلفوا : واختار ابن عقيل أنّه يُجبر ، وهو ظاهر كلام الشافعىّ . لأنّها عَرْصة . فأجبر على قسمها ، كعَرْصَةِ الدار .

ولنا : أن فى قسمها ضرراً ، فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه ، كالدار الصغيرة ، وما ذكروه ينتقض بذلك ، وإن كانت تتّسع لحائطين بحيثُ يحصُل لكلّ واحد منهما ما يبنى فيه حائطاً . فنى إجبار الممتنع وجهان .

أحدهما : يُجبر . قاله أبو الخطّاب ، لأنه لا ضرر فى القسمة ، لكون كلٍّ واحد منهما يحصُل له ما يندفع به حاجتُه ، فأشبه عَرْصَة الدار التى يحصُل لكلّ واحد منهما ما يبنى فيه داراً .

والثانى : لا يُجبر . ذكره القاضى . لأنّ هذه القسمة لا تقع فيها قُرعة . لأنّنا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كلٍّ واحد منهما على ما يلى ملك جاره ، فلا ينتفع به ، فلو أجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ ما يلى داره من غير قُرعة . وهذا لا نظير له . ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين ، ومتى اقتسما العَرْصة طولا ، فبنى كلّ واحد منهما لنفسه حائطاً ، وبقيت بينهما فُرْجة لم يُجبر أحدهما على سدّها ، ولم يمنع من سدّها ، لأن ذلك يجرى مجرى بناء الحائط فى عرْصته .

٣٥٠٠ (فصل) وإن كان بينهما حائط ، فاتفقا على قسمته طولا جاز ، ويُعلّم بين نصيبيهما بعلامة . وإن اتفقا على قسمته عرضاً ، فقال أصحابنا: تجوز القسمة . لأنّ الحقّ لهما ، لا يخرج عنهما . فأشبه العَرْصَة . ويحتمل أن لا تجوز القسمة ، لأنّها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يُمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه . وههنا لا يتميّز . ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه مُنفرداً . لأنّه إن وضع خشبه على أحد جانبى الحائط كان ثقله على الحائط كلّه . وإن فتح فيه طاقاً يضعفه ضعف كلّه . وإن وقع بعضُه تضرّر النصيب الآخر ، وإن طلب أحدهما قَسْمَه ، وأبى الآخر . فذكر القاضى : أن الحكم فى الحائط

كالحكم فى عَرْصَته ، سواء ، ولا يُجبر على قسم الحائط ، إلا أن يطلب أحدهما قَسْمه طويلا . ويحتمل أن لا يُجبر على قسمه أيضاً ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعيّ . لأنهما إن قطعاه بينهما ، فقد أتلفا جزءاً من الحائط . ولا يُجبر الممتنع من ذلك ، كما لو كان بينهما ثوبٌ ، فطلب أحدهما قطعه . وإن لم يقطع ، وعلّما علامةً على نصفه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعاً بنصيب الآخر .

ووجه الأول : أنه يُجبر على قَسْم الدار ، وقَسْم حائطها المحيط بها ، وكذلك قَسْم البستان ، وحائطه ، ولا يُجبر على القطع المضرّ ، بل يعلّمه بخط بين نصيبهما ، ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الآخر وإن اتّصل به ، بدليل الحائط المتّصل فى دارين . والله أعلم .

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنّة ، والإجماع . أما السنّة ، فما روَى أبو هريرة ، أنّ النبى صلى الله عليه وسلم قال : « مَطْلُ الغَنِيّ ظُلْمٌ . وَإذا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مِلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ » متفق عليه . وفى لفظ «مَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مِلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ » وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة فى الجملة . واشتقاقها من تحويل الحقّ من ذمّة إلى ذمّة . وقد قيل : إنّها بيع ، فإن المُحيل يشترى ما فى ذمّته بمَالهُ فى ذمّة المُحالِ عليه . وجاء تأخير القبض رُخصةً ، لأنهّ موضوع على الرفق ، فيدخلها خيارُ المجلس ، لذلك ، والصحيح : أنّها عقدُ إرفاقٍ ، منفرد بنفسه ، ليس بمحمولٍ على غيره . لأنّها لو كانت بَيْعاً لما جازت ، لكونها بيع دين بدين ، ولما جاز التفرّق قبل القبض لأنّه بيع مالِ الربا بجنسه ، ولجازت بلفظ البيع ، ولجازت بين جنسين ، كالبيع كلّه . ولأنّ لفظها يُشعر بالتحوّل لا بالبيع . فعلى هـذا لا يدخلها خيار ، وتلزم بمجرّد العقد . وهـذا أشبه بكلام أحمد ، وأصوله ، ولا بدّ فيها من مُحيلٍ ومُحتالٍ ومُحالٍ عليه . ويُشترط فى صحّتها : رِضى المُحيل بلا خلاف . فإن الحقّ عليه ، ولا يتعيّن عليه جهةُ قضائه . وأما المُحتال ، والمحالُ عليه فلا يُعتبر رضاهما ، على ماسنذكره إن شاء الله تعالى .

٣٥٠١ «مسألة » قال: ﴿ومن أحيل بحقّه على مَن عليه مثلُ ذلك الحقّ ، فرضى ، فقد برىء المحيل أبداً﴾

ومن شرط صحة الحوالة شروط أربعة :

أحدها : تماثُل الحقّين . لأنّها تحويل للحقّ ، ونقل له فيُنقل على صفته ، ويُعتبر تماثُلهما فى أمورٍ ثلاثة :

أحدها : الجنس : فيُحيل مَن عليه ذهبٌ بذهب ، ومَنْ عليه فضّة بفضّة : ولو أحال من عليه ذهب بفضّة أو مَن عليه فضّة بذهب لم يصحّ .

الثانى : الصفة . فلو أحال مَن عليه صِحاحٌ بمكسّرةٍ ، أو مَن عليه مصرّية بأميرّية لم يصحّ .

الثالث : الحلول والتأجيل ويُعتبر إنفاق أجل المؤجلين . فإن كان أحدهما حالاً ، والآخرُ مؤجّلاً ، أو أجل أحدهما إلى شهر ، والآخر إلى شهرين ، لم تصح الحوالة . ولو كان الحقّان حالّين، فشرط على المحتال أن يقبض حقّه ، أو بعضه بعد شهر ، لم تصحّ الحوالة . لأنّ الحالّ لا يتأجّل ، ولأنه شرط ما لو كان ثابتاً في نفس الأمر لم تصحّ الحوالة . فكذلك إذا شرطه ، وإذا اجتمعت هـذه الأمور ، وصحّت الحوالة ، وتراضيا بأن يدفع المحالُ عليه خيراً من حقّه ، أو رضى المحتالُ بدون الصفة ، أو رضى مَن عليه المؤجّل بتعجيله ، أو رضى من له الحالُّ بإنظاره جاز . لأنّ ذلك يجوز في القرض ، ففي الحوالة أولى ، وإن مات المُحيل ، أو المحالُ ، فالأجلُ بحاله ، وإن مات المحالُ عليه ففي حلول الحقّ روايتان ، مضى ذكرها .

الشرط الثاني : أن تكون على دَيْن مُستقِرّ، ولا يُعتبر أن يُحيل بدَين مستقرّ ، إلا أنّ السَّلَم لا تصحّ الحَوالةُ به ، ولا عليه ، لأن دين السّلم ليس بمستقرّ ، لكونه بعرض الفسخ ، لانقطاع المسلَمِ فيه ، ولا تصحّ الحوالة به ، لأنّها لم تصحّ إلا فيما يجوز أخـذ العوض عنه ، والسلم لا يجوز أخذُ العوض عنه . لقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ » ولا تصحّ الحوالة على المكاتَب بمـال الـكتابة . لأنّه غيرُ مستقرّ ، فإنّ له أن يمتنع من أدائه ، ويسقط بعجزه ، وتصحّ الحوالة عليه بدين غير دين الـكتابة ، لأنّ حكمه حكم الأحرار في المُداينات ، وإن أحال المكاتب سيّده بنجم قد حلّ عليه صحّ ، وبرئت ذمة المـكاتَب بالحوالة . ويكون ذلك بمنزلة القبض ، وإن أحالت المرأة على زوجها بصـداقها قبل الدخول لم يصحّ . لأنه غير مستقرّ . وإن أحالها الزوجُ به صحّ . لأنه له تسليمه إليها ، وحوالته به تقومُ مقام تسليمه . وإن أحالت به بعد الدخول صحّ ، لأنه مستقرّ . وإن أحال البائع بالثمن على المشترى في مدّة الخيار لم يصحّ في قياس ماذكرنا . وإن أحاله المشترى به صحّ . لأنه بمنزلة الوفاء ، وله الوفاء قبل الاستقرار ، وإن أحال البائع بالثمن على المشترى ، ثم ظهر على عيب ، لم يتبيَّن أنّ الحوالة كانت باطلةً ، لأنّ الثمن كان ثابتاً مستقِرًّا ، والبيع كان لازماً ، وإنّما ثبت الجواز عند العـلم بالعيب بالنسبة إلى المشترى ، ويحتمل أن تبطل الحوالة ، لأنّ سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجوداً وقت الحَوالة . وكلُّ موضع أحال مَن عليه دينٌ غيرُ مستقرّ به ، ثم سقط الدين ، كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها ، أو المشترى يَفسخُ البيع، ويردّ المبيع . فإن كان ذلك قبل القبض من المُحال عليه ففيه وجهان :

أحدهما : تبطل الحوالة ، لعدم الفائدة في بقائها ، ويرجع المُحيل بدينه على المُحال عليه .

والثاني : لا تبطل ، لأنّ الحقّ انتقل عن المُحيل ، فلم يَعُد إليه ، وثبت للمحتال فلم يزُل عنه . ولأن الحوالة بمنزلة القبض ، فكأنّ المُحيل أقبض المحتال دينه ، فيرجع عليه به ، ويأخذ المحتالُ من المحال عليه ،

وسواء تعذَّر القبض من المحال عليه ، أو لم يتعذر . وإن كان بعد القبض لم يبطل وجهاً واحداً . ويرجع المحيل على المحال به .

٣٥٠٢ (فصل) وإن أحال مَن لا دين له عليه رجلاً على آخر ، له عليه دين ، فليس ذلك بحوالة . بل هى وكالة تثبُت فيها أحكامُها . لأنّ الحوالة مأخوذة من تحوّل الحقّ ، وانتقاله . ولا حقّ ههنا ينتقل ، ويتحوّل ، وإنّما جازت الوكالة بلفظ الحوالة ، لاشتراكهما فى المعنى . وهو استحقاق الوكيل مطالبةَ مَن عليه الدين ، كاستحقاق المحتال . مطالبةالمحال عليه ، وتحوّل ذلك إلى الوكيل ، كتحوّله إلى المُحيل . وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه ، فليست حَوالةَ أيضاً . نصّ عليه أحمد . فلا يلزم المُحالَ عليه الأداء . ولا المحتالَ قبولُ ذلك ، لأنّ الحوالةَ معاوضةٌ . ولا معاوضة ههنا . ،إنّما هو اقتراض ، فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المُحيل ، لأنّه قرض . وإن أبرأه ، ولم يقبض منه شيئاً ، لم تصحّ البراءة ، لأنها براءة لمن لا دين عليه ، وإن قبض منه الدين ، ثم وهبه إيّاه رجع المُحال عليه على المحيل به ، لأنهُ قد غرم عنه . وإنما عاد إليه المالُ بعقدٍ مستأنفٍ . ويحتمل أن لا يرجع عليه ، لكونه ما غَرِم عنه شيئاً . وإن أحال من لا دين عليه فهى وكالة فى اقتراض . وليست حَوالة . لأنّ الحوالة إنما تكون بدين على دين ، ولم يوجد واحدٌ منهما .

٣٥٠٣ (فصل) الشرط الثالث : أن تكون بمال معلوم ، لأنّها إن كانت بيعاً فلا تصحُّ فى مجهول . وإن كانت تحوّل الحــــقّ فيعتبر فيها التسليم ، والجهالة تمنع منه ، فتصح بكلّ ما يثبت مثله فى الذمّة ، بالإتلاف ، من الأثمان ، والحبوب ، والأدهان ، ولا تصحُّ فيما لا يصحُّ السَّلَمُ فيه . لأنه لايثبُت فى الذمة. ومن شرط الحوالة تساوى الدينين . فأما ما يثبُت فى الذّمة سَلَماً غيرَ المِثْليّاتِ ، كالمذروع ، والمعدود ، ففى صحة الحوالة به وجهان :

أحدهما : لا تصحّ . لأنّ المثل فيه لا يتحرر . ولهذا لا يضمنه بمثله فى الإتلاف ، وهذا ظاهر مذهب الشافعىّ .

والثانى : تصحُّ ، ذكره القاضى . ولأنه ، حق ثابت فى الذّمة . فأشبه ماله مثل ، ويحتمل أن يُخرّج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الأموال . فإن كان عليه إبل من الدية ، وله على آخرَ مثلها فى السنّ . فقال القاضى : تصحُّ . لأنها تختصّ بأقل ما يقع عليه الاسم فى السن ، والقيمة ، وسائر الصِّفات . وقال أبو الخطاب : لا تصح فى أحد الوجهين ، لأنها مجهولة ، ولأنّ الإبل ليست من المِثْليّاتِ التى تُضمن بمثلها فى الإتلاف . ولا تثبت فى الذمة سَلَماً فى رواية ، وإن كان عليه إبل من دية ، وله على آخرَ مثلُها قرضاً ، فأحاله عليه ، فإن قلنا : يردّ فى القرض قيمتها لم تصح الحوالة ، لاختلاف الجنس . وإن

قلنا : يرد مثلها اقتضى قول القاضى: صحة الحَوالة . لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المُحال عليه ، ولأن الخيرة فى التسليم إلى مَن عليه الدين ، وقد رضى بتسليم ماله فى ذمة المقترض . وإن كانت بالعكس ، فاحتال المقرض بإبل الدِّية لم تصح . لأننا إن قلنا : تجب القيمة فى القرض ، فقد اختلف الجنس ، وإن قلنا : يجبُ المِثل فللمُقرض مثل ما أقرض فى صفاته ، وقيمته ، والذى عليه الدِّية لا يلزمه ذلك .

٣٥٠٤ (فصل) الشرط الرابع : أن يحيل برضائه . لأن الحقّ عليه ، فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذى على المحال عليه ، ولا خلاف فى هذا .

فإذا اجتمعت شروط الحوالة ، وصحّت ، برئت ذمة المُحيل فى قول عامة الفقهاء ، إلا ما رُوى عن الحسن ، أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يُبرئه ، وعن زُفَر : أنه قال : لاتنقل الحق ، وأجراها مجرى الضمان ، وليس بصحيح ، لأن الحَوالة مشتقة من تحويل الحق ، بخلاف الضمان . فإنه مشتق من ضمّ ذِمَّةٍ ، إلى ذمَّةٍ ، فعَلِق على كل واحد مقتضاه ، وما دل عليه لفظه .

إذا ثبت أن الحقّ انتقل ، فمتى رضى بها المحتال ، ولم يشترط اليسار لم يعُد الحق إلى المحيل أبداً ، سواء أمكن استيفاء الحقِّ أو تعذَّر لمَطْلٍ أو فَلَسٍ ، أو موت أو غير ذلك . وهذا ظاهر كلام الخِرَقىّ . وبه قال الليث ، والشافعىّ ، وأبو عُبَيْد ، وابن المنذر . وعن أحمد ما يدلُّ على أنه إذا كان المحال عليه مُفلساً ، ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع ، الاّ أن يرضى بعد العلم . وبه قال جماعة من أصحابنا ، ونحوه قولُ مالك . لأن الفلَس عيب فى المحال عليه . فكان له الرجوع ، كما لو اشترى سِلعة ، فوجدها مَعيبة . ولأنّ المحيل غرَّه . فكان له الرجوع كما لو دلّس المَبيعَ . وقال شُرَيح ، والشعبىّ ، والنخعىّ : متى أفلس ، أو مات ، رجع على صاحبه ، وقال أبو حنيفة : يرجع عليه فى حالين إذا مات المحال عليه مُفلساً . وإذا جحده ، وحلف عليه عند الحاكم ، وقال أبو يوسف ومحمد : يرجع عليه فى هاتين الحالتين وإذا حجر عليه لفلَس . لأنه رُوى عن عثمان أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أُحِيلَ بِحَقِّـهِ فَمَاتَ الُمحَالُ عَلَيْـهِ مُفْلِساً ؟ فقال : يرجعُ بحقّـه . لاتَوى[1] عَلَى مَالِ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ » ولأنه عقدُ معاوضة لم يَسلَم العوض فيه لأحَد المتعاوضين ، فكان له الفسخ ، كما لو اعتاض بثوب ، فلم يُسَلِّم إليه .

ولنا : أن حَزْناً جدَّ سعيد بن المسيَّب كَانَ لَهُ عَلَى عَلِيّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ دَيْنٌ فَأَحَالَهُ ، فَمَاتَ المُحَالُ عَلَيْهِ . فَأَخْبَرَهُ ، فقال : اخْتَرْتَ عَلَيْنَا أَبْعَدَكَ اللهُ » . فأبعده بمجرّد احتياله ، ولم يُخبره أنّ له الرجوع . ولأنَّها براءة من دين ليس فيها قبض ممّن عليه ، ولا ممّن يدفع عنه ، فلم يكن فيها رجوع ، كما لو أبرأه من الدين ، وحديث عثمان لم يصحّ ، يرويه خالدُ بن جعفر ، عن معاوية بن قُرَّة ، عن عثمان ، ولم يصحّ سماعه

(١) التوى : بفتح التاء والواو الهلاك ، أى لا هلاك ولا ضياع على مال مسلم .

منه . وقد رُوى أنَّه قال « فِى حَوَالةٍ أَوْ كَفَالةٍ » وهذا يوجب التوقّف ، ولا يصحّ ولو صحّ كان قولُ علىّ مُخالفاً له . وقولهم : إنّه مُعاوضة ، لا يصحّ : لأنه يُفضى إلى بيع الدين بالدين ، وهو منهى عنه ويُفارق المعاوضة بالثوب . لأنّ فى ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه . وههنا الحوالة بمنزلة القبض ، وإلاّ كان بيعَ دين بدين .

٣٥٠٥ (فصل) فإن شرط مَلاَءةَ المحال عليه ، فبان مُعسراً رجع على المحيل ، وبه قال بعض الشافعيّة وقال بعضهم : لا يرجع ، لأنّ الحوالة لا تردّ بالإعسار ، إذا لم يشترط المَلاءة ، فلا تردّ به . وإن شرط كان كما لو شرط كونَه مُسلماً ، ويفارق البيع . فإنّ الفسخ يثبُت بالإعسار فيه من غير شرط ، بخلاف الحَوالة .

ولنا قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » ولأنّه شرط ما فيه مصلحة العقد فى عقد مُعارضة . فيثبُت الفسخ بفواته ، كما لو شرط صفةً فى المبيع . وقد يثبُت بالشرط مالا يثبت بإطلاق العقد . بدليل اشتراط صفة فى المبيع .

٣٥٠٦ (فصل) ولو لم يرفض المحتال بالحوالة ، ثم بان المحال عليه مُفلساً ، أو ميّتاً رجع على المحيل ، بلا خلاف . فإنه لا يلزمه الاحتيال على غير ملىء ، لما عليه فيه من الضرر . وإنما أمر النبىّ صلى الله عليه وسلم بقبول الحَوالة إذا أُحيل على مَلىء ، ولو أحاله على ملىء فلم يقبل حتى أعسر . فله الرجوعُ أيضاً ، على ظاهر قول الخِرقىّ ، لكونه اشترط فى براءة المحيل إبداء رِضَى المحتال .

٣٥٠٧ « مسأله » قال ﴿ ومن أحيل بحقّه على ملىء ، فواجب عليه أن يحتال ﴾

الملىء : هو القادر على الوفاء ، جاء فى الحديث عن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، أنه قال (إِنَّ اللهَ تَعَالَى يقول : مَنْ يُقْرِضُ المَلِىء غَيْرَ المُعْدِمِ » وقال الشاعر :

تُطِيلِينَ لِيَّانِى [1] ، وَأَنْتِ مَلِيئَةٌ وأُحْسِنُ يَاذَاتَ الوِشَاحِ التَّقَاضِيَا

يعنى قادرة على وفائى . والظاهر : أن الخِرَقىّ أراد بالملىء ههنا القادر على الوفاء ، غير الجاحد ، ولا المماطل ، قال أحمد فى تفسير الملىء ، كأنّ الملىء عنده : أن يكون مليًّا بماله ، وقوله ، وبدنه ، ونحو هذا . فإذا أُحيل على مَن هذه صفته لزم المحتالَ ، والمحالَ عليه القبولُ ، ولم يعتبر رضاهما . وقال أبو حنيفة : يُعتبر رضاهما . لأنّها مُعاوضة . فيُعتبر الرضا من المتعاقدين . وقال مالك ، والشافعىُّ : يُعتبر رضى المحتال لأنّ حقّه فى ذمّة المُحيل ، فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه ، كما لا يجوز أن يَجبُره على أن يأخذ بالدين

(١) اللّيان : بكسر اللام وفتحها وتشديد الياء ، المماطلة فى دفع الدين ، ويقال فيه أيضاً لىّ ، بفتح اللام وتشديد الياء ، والمليئة : الغنية . ومعنى أحسن التقاضيا ، أطلب برفق ولين .

عَرْضاً . فأمّا المحالُ عليه فقال مالك : لا يُعتبر رضاه ، إلاّ أن يكون المحتال عدوّه ، وللشافعيّ في اعتبار رضائه قولان . أحدهما : يُعتبر ، وهو يُحكى عن الزهريّ لأنّه أحد من تمّ به الحوالة ، فأشبه المُحيل . والثاني : لا يُعتبر . لأنّه أقامه في القبض مُقام نفسه . فلم يفتقر إلى رضى مَن عليه الحق كالتوكيل .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم « إِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ » ولأنّ للمُحيل أن يوفّي الحقّ الذي عليه بنفسه ، وبوكيله ، وقد أقام المحال عليه مَقام نفسه في التقبيض ، فلزم المحالَ القبولُ ، كما لو وكّل رجلاً في إيفائه ، وفارق ما إذا أراد أن يُعطيه عمّا في ذمّته عَرْضاً . لأنه يعطيه غيرَ ما وجب له ، فلم يلزمه قبوله .

٣٥٠٨ (فصل) إذا أحال رجلاً على زيد بألف ، فأحاله زيد بها على عمرو ، فالحوالة صحيحة ، لأنّ حقّ الثاني ثابت ، مستقرّ في الذمّة ، فصحّ أن يُحيل به ، كالأول . وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له في ذمّته ، صحّ أيضاً ، لما ذكرنا وتكرُّر المحتال ، والمحيل لا يضرّ .

٣٥٠٩ (فصل) إذا اشترى عبداً فأحال المشترى البائعَ بالثمن ، ثمّ ظهر العبدُ حرًّا ، أو مستَحقًّا ، فالبيعُ باطل ، والحوالة باطلة . لأنّنا تبيّنّا أنه لا ثمن على المشترى . وإنّما تثبت حرّيّته ، ببيّنة ، أو اتّفاقهم ، فإن اتفق المحيــلُ ، والمحالُ عليه على حرّيته ، وكذّبهما المحتال ، ولا بيّنة بذلك ، لم يُقبل قولهما عليه . لأنهما يُبطلان حقّه . أشبه ما لو باع المشترى العبد ، ثم اعترف هو وبائعه : أنه كان حُرًّا لم يُقبل قولهما على المشترى الثاني ، وإن أقاما بيّنة لم تُسمع ، لأنهما كذّباها بدخولهما في التبايع ، وإن أقام العبدُ بيّنةً بحرّيته قُبلت ، وبطلت الحوالة ، وإن صدّقهما المحتالُ ، وادّعى أن الحوالة بغير ثمن العبد ، فالقول قوله مع يمينه ، لأنّ الأصل صحّة الحوالة ، وهما يدّعيان بطلانها ، فكانت جَنْبَتُهُ أقوى . فإن أقاما البيّنة على أنّ الحوالة كانت بالثمن قُبلت . لأنّهما لم يكذّباها ، وإن اتفق المحيل ، والمحتال ، على حرّية العبد ، وكذّبهما المحالُ عليه لم يُقبل قولهما عليه ، في حرّية العبد . لأنّه إقرار على غيرهما ، وتبطلُ الحوالة لاتّفاق المرجوع عليه بالدين . والراجع به على استحقاق الرجوع ، والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدّقه فيه . فلا يأخذ منه شيئاً ، وإن اعترف المحتال ، والمحال عليه بحرّية العبد عتق . لإقرار مَنْ هو في يده بحرّيته ، وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما ، ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل . لأنّ دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته ، فلم يكن له الرجوع عليه .

٣٥١٠ (فصل) وإن اشترى عبداً ، فأحال المشترى البائع بالثمن على آخرَ ، فقبضه من المحال عليه ، ثمّ ردّ المشترى العبد بعيب ، أو مُقايلة ، أو اختلاف في ثمن ، فقد برىء المحال عليه لأنه قبض منه بإذنه . ويرجع المشترى على البائع ، وإن ردّه قبل القبض فقال القاضي . تبطل الحوالة ، ويعود المشترى إلى ذمّة

المحال عليه ، ويبرأ البائع ، فلا يبقى له دين ، ولا عليه ، لأن الحوالة بالثمن ، وقد سقط بالفسخ ، فيجب أن تبطل الحوالة ، لذهاب حقه من المال المحال به ، وقال أبو الخطاب : لا تبطُل الحوالة فى أحد الوجهين ، لأنّ المشترىَ عوّض البائع عمّا فى ذمّته مالهُ فى ذمّة المحال عليه . ونقل حقّه إليه نقلاً صحيحاً ، وبرىء من الثمن ، وبرئ المحال عليه من دين المشترى . فلم يبطُل ذلك بفسخ العقد الأول ، كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلّمه إليه . ثم فسخ العقد ، لم يرجع بالثوب ، كذا ههنا ، فإن قلنا ببطلان الحوالة رجع المحيل على المحال بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة ، وإن قلنا : لا تبطل ، رجع المشترى على البائع بالثمن ، ويأخذه البائع من المحال عليه ، فإن عاد البائع ، فأحال المشترىَ (صَحّ[1]) بالثمن على من أحاله المشترى ، صحّ ، وبرىء البائع ، وعاد المشترى إلى غريمه ، وإن كانت المسألة بحالها ، لكن أحال البائع أجنبياً على المشترى ، ثمّ ردّ العبد المبيع ، ففى الحَوالة وجهان :

أحدهما : لا تبطل . لأن ذمّة المشترى ؛ برئت بالحوالة من حقّ البائع ، وصار الحقّ عليه للأجنبىّ المحتال ، فأشبه ما لو دفعه المشترى إلى المُحيل ، فعلى هذا يرجع المشترى على البائع بالثمن ، ويسلّم إلى المحتال ما أحاله به .

والثانى : تبطل الحوالة إن كان الردّ قبل القبض ، لسقوط الثمن الذى كانت الحَوالة به . ولأنه لا فائدة فى بقاء الحَوالة ههنا ، فيعود البائع بدينه ، ويبرأ المشترى منهما ، كالمسألة قبلها ، وإذا قلنا : لا تبطل ، فأحال المشترى المحالَ عليه بالثمن على البائع صحّ ، وبرىء المشترى منهما .

٣٥١١ (فصل) إذا كان لرجل على آخر دين ، فأذن لآخر فى قبضه ، ثم اختلف هو والمأذون له ، فقال : وكلّتك فى قبض دينى ، بلفظ التوكيل . فقال : بل أحلْتنى بلفظ الحَوالة ، أو كانت بالعكس ، فقال : أحلتُك بدينك ، قال : بل وكلّتنى ، فالقول قولُ مدّعى الوَكالة منهما ، مع يمينه . لأنه يدّعى بقاء الحقّ على ما كان ، ويُنكر انتقاله ، والأصلُ معه . فإن كان لأحدهما بيّنة حُكم بها . لأنّ اختلافهما فى اللفظ وهو مما يمكن إقامة البيّنة عليه ، وإن اتفقا على أنه قال : أحلتُك بالمال الذى لى قِبَل زيدٍ ثم اختلفا . فقال المحيلُ : إنما وكّلتك فى القبض لى ، وقال الآخر : بل أحلتنى بدينى عليك ، فالقولُ قولُ مدّعى الحَوالة فى أحد الوجهين ، لأنّ الظاهر معه ، فإنّ اللفظ حقيقةٌ فى الحَوالة دون الوَكالة فيجبُ حملُ اللفظ على ظاهره ، كما لو اختلفا فى دارٍ فى يد أحدهما .

---

(١) هكذا بالأصل . وهى زيادة لا فائدة لها .

والثانى : القول قول المحيل ، لأنّ الأصل بقاء حقّ المحال على المحال عليه ، والمحتال يدّعى نقله ، والمحيل ينكره ، والقولُ قول المنكر .

فعلى الوجه الأول : يحلف المحتال ، ويثبُت حقُّه فى ذمّة المحال عليه ، ويستحقّ مطالبته ، ويسقط عن المحيل ، وعلى الوجه الثانى : يحلف المحيل ، ويبقى حقُّه فى ذمّة المحال عليه . وعلى كلا الوجهين : إن كان المحتال قد قبض الحقّ من المحال عليه ، وتلف فى يده ، فقد برىء كلّ واحد منهما من صاحبه ، ولا ضمان عليه ، سواء تلف بتفريطه ، أو غيره . لأنه إن تلف بتفريط ، وكان المحتال مُحِقًّا ، فقد أتلف ماله ، وإن كان مُبطلاً ثبت لكلّ واحد منهما فى ذمّة الآخر مثلُ مافى ذمّته له ، فيتقاصّان : ويَسقُطان ، وإن تلف بغير تفريط فالمحالُ قد قبض حقّه ، وتلف فى يده ، وبرئ منه المحيل بالحَوالة ، والمحال عليه بتسلمه ، والمحيل يقولُ : قد تلف المالُ فى يد وكيلى ، بغير تفريط فلا ضمان عليه ، وإن لم يتلَف احتمل أن لا يملك المحيلُ طلبه . لأنه معترف أنّ له عليه من الدين مثلُ ماله فى يده ، وهُو مستَحِقّ لقبضه . فلا فائدة فى أن يقبضه منه ، ثم يسلّمه إليه ، ويحتمل أن يملك أخذه منه . ويملك المحتال مُطالبته بدينه ، وقيل : يملك المحيل أخذه منه ، ولا يملك المحتال المطالبة بدينه ، لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحَوالة ، وليس بصحيح . لأنّ المحتال إن اعترف بذلك فهو يدّعى أنّه قبض هذا المال منه بغير حقّ ، وأنّه يستحِقّ المطالبة به . فعلى كلا الحالين : هو مستحقّ المطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه . فى قولها جميعاً فلا وجه لإسقاطه ، ولا موضع للبيّنة فى هذه المسألة ، لأنّهما لا يختلفان فى لفظٍ يُسمَع ، ولا فعلٍ يُرَى . وإنّما يدّعى المحيل نيّةً ، وهذا لا تشهد به البيّنة نفياً ، ولا إثباتاً .

٣٥١٢ (فصل) وإن كانت المسألة بالعكس . فقال : أحلتك بدينك ، فقال : بل وكّلتنى ، ففيها الوجهان أيضاً . لما قدّمناه ، فإن قلنا : القولُ قولُ المحيل ، لحلف برئ من حقّ المحتال ، وللمحتال قبضُ المال من المحال عليه لنفسه ، لأنّه يجوز له ذلك بقولها معاً ، فإذا قبضه كان له بحقّه ، وإن قلنا : القولُ قولُ المحتال ، لحلف ، كان له مطالبة المحيل بحقّه ، ومطالبة المحتال عليه ، لأنّه إمّا وكيل ، وإما محتال . فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل ، فله أخذ ماقبض لنفسه ، لأنّ المحيل يقول : هو لك ، والمحتال يقول : هو أمانة فى يدى ، ولى مثله على صاحبه ، وقد أذن له فى أخذه ضمناً . فإذا أخذه لنفسه حصل غرضُه . ولم يأخذ من المحيل شيئاً ، وإن استوفى من المحيل رجع على المحال عليه فى أحد الوجهين . لأنّه قد ثبتت الوكالة بيمين المحتال ، وبقى الحقّ فى ذمّة المحال عليه للمُحيل . والثانى : لا يرجع عليه ، لأنّه يعترف أنه قد برئ من حقّه ، وإنّما المحتال ظلمه . بأخذ ما كان عليه ، قال القاضى : والأول أصحّ . وإن كان قد قبض الحوالة ، فتلفت فى يده بتفريط ، أو أتلفها سقط حقّه على الوجهين . لأنه إن كان محِقًّا فقد أتلف حقَّه . وإن كان مُبطلاً فقد

أتلف مثل دينه ، فيثبُت فى ذمّته ، ويتقاصّان ، وإن تلفت بغير تفريطه ، فعلى الوجه الأول : يسقط حقه أيضاً . لأنّ ماله تلف تحت يده . وعلى الثانى : له أن يرجع على المحيل بحقه . وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه . لأنه يعترف ببراءته .

٣٥٦٣ (فصل) وإن اتفقا على أن المحيل قال : أحلتك بدينك ، ثم اختلفا ، فقال أحدهما : هى حَوالة بلفظها . وقال الآخر : بل هى وَكالة بلفظ الحَوالة . فالقول قول مدّعى الحوالة ، وجهاً واحداً . لأنّ الحوالة بدينه لا تحتملُ الوكالة ، فلم يُقبل قولُ مدّعيها ، وسواء اعترف المحيل بدين المحتال ، أو قال : لا دين لك علىّ : لأن قوله : أحلتك بدينك اعتراف بدينه ، فلا يُقبل جَحْدُهُ له بعد ذلك . فأمّا إن لم يقل بدينك ، بل قال : أحلتك ، ثم قال : ليس لك علىّ دين ، وإنما عنيتُ التوكيل بلفظ الحوالة ، أو قال : أردتُ أن أقول : وكلتك ، فسبق لسانى ، فقلت : أحلتُك ، وادّعى المحتال أنها حوالة بدينه ، وأنّ دينه كان ثابتاً على المحيل ، فهل ذلك اعتراف بالدين أولا ؟ فيه وجهان ، سبق توجيههما .

٣٥١٤ (فصل) وإذا كان لرجل دين على رجل آخر ، فطالبه به ، فقال : قد أحلت به علىّ فلاناً الغائب ، وأنكر صاحبُ الدين . فالقول قولُه مع يمينه . وإن كان لمن عليه الدين بيّنة بدعواه ، سُمعت بيّنته ، لإسقاط حق المحيل عليه ، وإن ادّعى رجل أنّ فلاناً الغائب أحالنى عليك ، فأنكر المدّعَى عليه فالقولُ قوله . فإن أقام المدّعى بيّنةً ، ثبتت فى حقِّه ، وحق الغائب . لأن البيّنة يُقضى بها على الغائب ، ولزم الدفع إلى المحتال . وإن لم يكن له بيِّنة ، فأنكر المدّعَى عليه ، فهل يلزمه اليمين ؟ فيه وجهان ، بناء على مالو اعترف له ، هل يلزمه الدفع ؟ على وجهين :

أحدهما : يلزمه بالدفع إليه . لأنه مقرّ بدينه عليه ، ووجوب دفعه إليه . فلزمه الدفع إليه ، كما لو كانت بيِّنة .

والثانى : لا يلزمه الدفع إليه . لأنّه لا يأمن من إنكار المحيل ، ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه ، كما لو ادّعى عليه أنى وكيلُ فلان فى قبض دينه منك . فصدّقه ، وقال : لا أدفعه إليك . فإذا قلنا : يلزمه الدفع مع الإقرار ، لزمه اليمين مع الإنكار . فاذا حلف برئ ، ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل ، لاعترافه ببراءته . وكذلك إن قلنا : لا تلزمه اليمين . فليس للمحتال الرجوع على المحيل ، ثمّ ينظر فى المحيل ، فإن صدّق المدّعى فى أنّه أحاله ثبتت الحَوالةُ له ، لأنّ رِضَى المحال عليه لا يُعتبر ، وإن أنكر الحَوالةَ حلف ، وسقط حُكم الحوالة ، وإن نكَل المحالُ عليه عن اليمين ، فقضى عليه بالنكول ، واستوفى الحقّ منه ، ثمّ إن المحيل صدّق المدّعى ، فلا كلام . وإن أنكر الحَوالة . فالقول قوله . وله أن يستوفى من المحال عليه لأنّه معترف له بالحق ، ويدعى أن المحتال ظلمه ، ويبقى دين المحتال على المحيل ، وإن كان

المحيل ينكر أن له عليه ديناً ، فالقول قوله بغير يمين ، لأن المحتال يقر ببراءته منه ، لاستيفائه من المحال عليه وإن كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لأنه يقر بأنه قد برئ منه بالحوالة ، والمحيل يصدّق المحال عليه فى كون المحتال قد ظلمه، واستوفى منه بغير حقّ والمحتال يزعم أن المحيل قد أخذ منه أيضاً بغير حقّ ، وأنه يجب عليه أن يردّ ما أخذه منه اليه فينبغى إن يقبضها المحتال ، ويسلمها إلى المحال عليه ، أو بإذن المحيل فى دفعها إلى المحال عليه ، وإن صدّق المحال عليه المحتال فى الحوالة ودفع إليه ، فأنكر المحيل الحوالة ، حلف ورجع على المحال عليه ، والحكم فى الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا فى التى قبلها .

٣٥١٥ (فصل) فإن كان عليه ألف ضمنه رجل ، فأحال الضامنُ صاحب الدين به ، برئت ذمته وذمّة المضمون عنه ، لأنّ الحوالة كالتسليم ،ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين ، فإن كان الألف على رجلين ، على كلّ واحد منهما خمسمائة ، وكلُّ واحد كفيلٌ عن الآخر بذلك . فأحاله أحدهما بالألف ، برئت ذمّتهما معاً ، كما لو قضاها . وإن أحال صاحبُ الألف رجلاً على أحدهما بعَيْنه بالألف ، صحّت الحوالة ، لأنّ الدين على كلّ واحد منهما مستقرٌّ ، وإن أحال عليهما جميعاً ليستوفىَ منهما ، أو من أيّهما شاء صحّت الحوالةُ أيضاً عند القاضى ، لأنّه لا فضل ههنا فى نوع ، ولا أجلٍ ولا عدد ، وإنّما هو زيادة استيثاق، فلم يمنع ذلك صحّة الحوالة ، كحوالة المعسر على الملىء ، وقال بعضُ أصحاب الشافعيّ: لا تصح الحوالة . لأنّ الفضل قد دخلها ، فإن المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء منهما ، أو من أيّهما شاء ، فأشبه مالو أحاله على رجلين ، له على كلّ واحد منهما ألف ، ليستوفى من أيّهما شاء ، والأول أصحّ ، والفرق بين هذه المسألة ، وبين ما إذا أحاله بألفين ، أنّه لا فضل بينهما فى العدد ههنا . وثَمّ تفاضلا فيه ، ولأنَّ الحوالة ههنا بألف مُعيّن ، وثَمّ الحوالةُ بأحدهما من غير تعيين . وأنه إذا قضاه أحدُهما الألف فقد قضى جميع الدين ، وثَمّ إذا قضى أحدُهما بقى ما على الآخر ، ولو لم يكن كلّ واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه ، فأحال عليهما صحّت الحوالة بغير إشكال ، لأنّه لمّا كان له أن يستوفى الألف من واحد، كان له أن يستوفى من اثنين ، كالوكيلين .

باب الضمان

٣٥١٦ « مسألة » ﴿ ومن ضمن عنه حقٌّ بعد وجوبه ، أو قال : ما أعطيته ، فهو علىّ فقد لزمه ما صحّ أنّه أعطاه ﴾

الضمان : ضمّ ذِمّةِ الضامن إلى ذمّة المضمون عنه فى التزام الحق . فيثبتُ فى ذمّتهما جميعاً . ولصاحب الحقّ مُطالبة من شاء منهما ، واشتقاقه من الضمّ . وقال القاضى : هو مشتقٌّ من التضمين : لأنّ ذمّة الضامن تتضمّن الحقّ .

والأصل فى جوازه : الكتابُ ، والسنّة ، والإجماع ، أمّا الكتاب . فقول الله تعالى (١٢ : ٧٢ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) وقال ابن عباس الزعيم الكفيل .

وأما السنة : فما رُوى عن النبى صلّى الله عليه وسلّم أنه قال « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » رواه أبو داود ، والترمذىّ . وقال : حديث حسن ، وروى البخارىُّ ، عن سَلَمَةَ بن الأكوع « أنّ النبى صلى اللهُ عليه وسلّم أُتِىَ برجُل ليصَلّىَ عليه ، فقال : هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ قالوا: نَعَمْ، دِينَارَان . قَالَ : هَلْ تَرَكَ لَهُمَا وَفاء ؟ قالوا : لاَ ، فَتَأَخَّرَ ، فَقِيلَ : لِمَ لاَ تُصَلِّى عَلَيْهِ ؟ فَقَالَ : مَا تَنْفَعُه صَلاَتِى وذِمَّتُه مَرْهُونَةٌ ؟ إِلاَّ إِنْ قَامَ أَحَدُ كُمْ فَضَمِنَهُ . فَقَامَ أَبو قَتَادَة : فَقَالَ هُمَا عَلَىّ يارسُولَ الله ، فَصَلّى عَلَيْهِ النَّبِىُّ صَلَى اللهُ عَلَيْه وَسَلَّمَ » وأجمع المسلمون على جواز الضّمان فى الجملة . وإنما اختلفوا فى فروع نذكرها إن شاء الله تعالى .

إذا ثبت هذا فإنّه يقال : ضمين ، وكفيل ، وقَبِيلٌ ، وَحَمِيلٌ ، وَزَعِيمٌ ، وَصَبِيرٌ ، بمعنًى واحدٍ ، ولا بدّ فى الضمان من ضامنٍ ، ومضمونٍ عنه ، ومضمونٍ له . ولا بد من رِضَى الضامن : فإن أُكره على الضمان لم يصحّ ، ولا يعتبر رضا المضمون عنه ، لا نعلم فيه خلافاً . لأنّه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ، ورضاه صحّ ، فكذلك إذا ضمن عنه . ولا يُعتبر رضى المضمون له ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يُعتبر . لأنه إثبات مالٍ لآدمىّ ، فلم يثبُت إلاّ برضاه ، أو رضا من يَنُوب عنه ، كالبيع ، والشراء ، وعن أصحاب الشافعىّ كالمذهبين .

ولنا : أن أبا قتادة ضمن من غير رِضَى المضمون له ولا المضمون عنه . فأجازه النبىُّ صلى الله عليه وسلّم، وكذلك رُوى عن على رضى الله عنه . ولأنّها وثيقة لايُعتبر فيها قبضٌ ، فأشبهت الشهادة . ولأنّه ضمانُ دين. فأشبه ضمان بعض الورثة دينَ الميّت للغائب ، وقد سلّموه .

٣٥١٧ (فصل) ولا يُعتبر أن يعرفهما الضامن ، وقال القاضى : يُعتبر معرفتهما ، ليعلم هل المضمون عنه أهلٌ لاصطناع المعروف إليه ، أولا ؟ وليُعرف المضمون له فيؤدّى إليه .

وذكر وجهاً آخر : أنّه تعتبر معرفة المضمون له لذلك . ولا تُعتبر معرفة المضمون عنه . لأنّه لا مُعاملة بينه ، وبينه ، ولأصحاب الشافعىّ ثلاثةُ أوجه نحو هذه .

ولنا حديث علىّ ، وأبى قتادة . فإنّهما ضَمِنا لمن لم يعرفاه عمّن لم يعرفاه . ولأنه تبرّع بالتزام مالٍ ، فلم يُعتبر معرفة من يتبرّع له به ، كالنذر .

٣٥١٨ (فصل) وقد دلّت مسألة الخِرَقىّ على أحكام .

منها : صحّة ضمان المجهول ، لقوله « مَا أَعْطَيْتَهُ فَهُوَ عَلَىّ » وهذا مجهول . فمتى قال : أنا ضامن لك مالك على فلان ، أو ما يقضى به عليه ، أو ما تقوم به البيّنة ، أو ما يقرّ به لك ، أو ما يخرج فى روزمانجك

صح الضمان . وبهـذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، وقال الثورى ، والليث ، وابن أبى ليلى ، والشافعى ، وابن المنذر : لا يصح . لأنه التزام مال ، فلم يصح مجهولاً ، كالثمن فى المبيع .

ولنا : قول الله تعالى (وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ، وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) وحمل البعير غير معلوم . لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعمومُ قوله عليه السلام « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » ولأنه التزام حق فى الذمة من غير معاوضة ، فصح فى المجهول ، كالنذر ، والإقرار . ولأنه يصح تعليقه بضرر ، وخطر ، وهو ضمانُ العُهدة ، وإذا قال : ألق متاعك فى البحر وعلىّ ضمانُه ، أو قال : ادفع ثيابك إلى هـذا الرفّاء وعلىّ ضمانُها ، فصح المجهول ، كالعتق ، والطلاق .

ومنها: صحة ضمان مالم يجب ، فإن معنى قوله « مَا أَعْطَيْتَهُ » أى ما تعطيه فى المستقبل . بدليل أنه عطفه على من ضُمِنَ عنه حَقٌ بعد وجوبه عليه . فيدلّ على أنه غيره ، ولو كان ما أعطيته فى الماضى كان معنى المسألتين سواء أو إحداهما داخلةٌ فى الأخرى .

والخلاف فى هذه المسألة ، ودليلُ القولين كالتى قبلها . إلا أنهم قالوا : الضمانُ ضم ذِمَّة إلى ذِمّة فى التزام الدين . فإذا لم يكن على المضمون عنه شىء ، فلا ضَمّ فيه . فلا يكون ضماناً . قلنا : قد ضَمّ ذمته إلى ذِمة المضمون عنه فى أنه يلزمُه ما يلزمه ، وأنّ ما ثبت فى ذمة مضمونه يثبُت فى ذمته ، وهـذا كافٍ . وقد سمّوا ضمان ما يُلقيه فى البحر قبل وجوبه ، بقوله : ألقِ متاعَك فى البحر ، وعلىّ ضمانُه . وسلّم أصحاب الشافعىّ فى أحد الوجهين ضمان الجُعْلِ فى الجعالةِ قَبل العمل ، وما وجب شىء بعدُ .

ومنها : أن الضمان : إذا صحّ لزم الضامنَ أداء ما ضمنه ، وكان للمضمون له مطالبته ، ولا نعلم فى هذا خلافاً . وهو فائدة الضّمان . وقد دلّ قولُ النبىِّ صلى الله عليه وسلم « والزعيمُ غارمٌ » واشتقاق اللفظ .

ومنها : صحّـة الضمان عن كلِّ مَن وجب عليه حقٌّ ، حيًّا كان أو ميّتاً ، مَليئاً أو مُفلساً . لعموم لفظه فيه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو حنيفة : لا يصحُّ ضمانُ دين الميّت ، إلا أن يُخلِّف وفاء ، فإن خلَّف بعض الوفاء صحَّ ضمانه بقدر ما خلَّف . لأنه دين ساقط ، فلم يصح ضمانه ، كما لو سقط بالابراء ، ولأنَّ ذمته قد خَربت خراباً لا تَعمُر بعده ، فلم يبق فيها دين ، والضمان ضَمّ ذمة إلى ذمة فى التزامه .

ولنا : حديث أبى قتادة ، وعلىٍ فإنّهما ضمنا دين ميِّت لم يُخلِّف وفاء . والنبىُّ صلى الله عليه وسلم حَضّهم على ضمانه فى حديث أبى قتادة بقوله « أَلاَ قَامَ أَحَدُكُمْ فَضَمِنَهُ ؟ » وهذا صريح فى المسألة . ولأنه دين ثابت ، فصح ضمانه ، كما لو خلّف وفاء ، ودليل ثبوته أنه لو تبرّع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضاؤه ، ولو ضمنه حيًّا ، ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن . ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن ، وفى هذا انفصالٌ عما ذكروه .

ومنها : صحة الضمان فى كلّ حقٍّ ، أعنى من الحقوق الماليّة الواجبة ، أو التى تؤول إلى الوجوب ، كثمن المبيع فى مدّة الخيار ، وبعده ، والأجرة ، والمهر قبلَ الدخول ، أو بعده ، لأنّ هذه الحقوق لازمة ، وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها ، كالثمن فى المبيع بعد انقضاء الخيار ، ويجوز أن يسقط بردٍّ بعيب ، أو مُقايلة ، وبهذا كلّه قال الشافعىّ .

٣٥١٩ (فصل) فيما يصحّ ضمانه ، ويصحّ ضمان الجُعْل فى الجَعَالة . وفى المسابقة ، والمناضلة ، وقال أصحاب الشافعىّ ، فى أحد الوجهين : لا يصحّ ضمانه ، لأنّه لا يؤول إلى اللزوم ، فلم يصحّ ضمانه ، كمال الكتابة .

ولنا : قول الله تعالى (وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ، وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) ولأنه يؤول إلى اللزوم إذا عمل العمل . وإنّما الذى لا يلزم العمل ، والمالُ يلزم بوجوده ، والضمان المال دون العمل . ويصحّ ضمان أرش الجناية ، سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات ، أو حيوانا ، كالدِّيات . وقال أصحابُ الشافعىّ : لا يصحّ ضمان الحيوان الواجب فيها ، لأنه مجهول . وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول . ولأنّ الإبل الواجبة فى الذمة معلومة الأسنان ، والعدد . وجَهالة اللون ، أو غيره من الصفات الباقية لا تضرّ ، لأنّه إنما يلزمُه أدنى لون ، أو صفة ، فتحصُل معلومةً . وكذلك غيرها من الحيوان . ولأن جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالإتلاف . فلم يمنع وجوبه بالالتزام ، ويصحّ ضمان نفقة الزوجة ، سواء كانت نفقةَ يومها ، أو مُستقبلَةً ، لأن نفقة اليوم واجبة ، والمستقبلة مآلها إلى اللزوم ، ويلزمه ما يلزم الزوج فى قياس المذهب . وقال القاضى : إذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه إلاّ نفقةُ المعسر ، لأنّ الزيادة على ذلك تسقُط بالإعسار ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، على القول الذى قال فيه : يصحّ ضمانها .

ولنا : أنه يصحّ ضمان ما لم يجب ، واحتمالُ عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحّة ضمانها . بدليل الجُعْل فى الجَعَالة ، والصداق قبل الدخول ، والمبيع فى مدّة الخيار . فأمّا النفقة فى الماضى ، فإن كانت واجبةً إمّا بحُكم الحاكم بها ، أو قلنا : بوجوبها بدون حكمه صحّ ضمانُها ، وإلاّ فلا . ويصحّ ضمان مال السَّلَم فى إحدى الروايتين . والأخرى لا يصحّ لأنه يؤدّى إلى استيفاء المُسْلَم فيه من غير المسلَم إليه ، فلم يجُز ، كالحوالة به ، والأول أصحّ . لأنه دين لازم ، فصحّ ضمانه ، كالأجرة ، وثمن المبيع . ولا يصحّ ضمان مال الكتابة فى إحدى الروايتين . وهو قول الشافعىّ ، وأكثر أهل العلم ، والأخرى : يصحّ . لأنه دين على المكاتب ، فصحّ ضمانه ، كسائر الديون عليه ، والأولى : أصحّ . لأنه ليس بلازم ، ولا مآله إلى اللزوم . فإن المكاتب تعجيز نفسه ، والامتناع عن أدائه . فإذا لم يلزم الأصيل ، فالضمين أولى . ويصحّ ضمان الأعيان المضمونة ، كالمغصوب ، والعارية . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعىّ فى أحد القولين ، وقال فى

الآخر : لا يصحّ . لأنَّ الأعيان غيرُ ثابتة في الذمّة . وإنّما يُضمن ما ثبت في الذمّة ، ووصفنـا لها بالضمان إنّمَا معناه أنّه يلزمه قيمتُها إن تلفت ، والقيمةُ مجهولة .

ولنـا : أنها مضمونة على مَن هي في يده ، فصحّ ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمّة وقولهم : إن الأعيان لا تثبت في الذمّة . قلنا : الضمان في الحقيقة إنّمَا هو ضمان استنقاذها ، وردّها ، والتزام تحصيلها ، أوقيمتها ، عند تَلَفِها . وهذا مما يصحّ ضمانه ، كعهدة المبيع . فإنَّ ضمانها يصحّ ، وهو في الحقيقة التزام ردّ الثمن ، أو عِوَضه إن ظهر بالمبيع عيب ، أو خرج مستَحَقًّا . فأما الأمانات ، كالوديعة ، والعين المؤجَّرة ، والشركة ، والمضاربة ، والعين التي يدفعها إلى القصّار ، والخيّاط . فهذه إن ضمنها من غير تعدٍّ فيها لم يصحّ ضمانها . لأنّها غير مضمونة على مَن هي في يده . فكذلك على ضامنه . وإن ضمنها إن تعدّى فيها ، فظاهر كلام أحمد رحمه الله : يدلّ على صحّة الضمان . فإنّه قال في رواية الأثرم : في رجل يتقبّل من الناس الثياب ، فقال له رجل : ادفع إليه ثيابك ، وأنا ضامن ، فقال له : هو ضامن لما دفعه إليه ، يعني إذا تعدّى ، أو تلف بفعله ، فعلى هذا : إن تلف بغير تفريط منه ، ولا فعله ، لم يلزم الضامن شيء ، لما ذكرنا ، وإن تلف بفعله ، أو تفريط ، لزمه ضمانها ، ولزم ضامنه ذلك . لأنّها مضمونة على مَن هي في يده ، فلزم ضامنه ، كالغُصوب ، والعواري ، وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب ، وقد بيّنا جوازه . ويصحّ ضمان عُهدة المبيع عن البائع المشتري ، وعن المشتري للبائع ، فضمانه على المشتري : هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه ، وإن ظهر فيه عيب ، أو استُحِقّ رجع بذلك على الضامن ، وضمانه عن البائع المشتري . هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستَحَقًّا أو رُدّ بعيب ، أو أرش العيب. فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن ، أو جزء منه عن أحدهما للآخر . وحقيقة العهدة : الكتاب الذي يكتب فيه وثيقةُ البيع . ويُذكر فيه الثمن ، فعبّر به عن الثمن الذي يضمنه . وممّن أجاز ضمان العهدة في الجملة : أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ . ومنع منه بعضُ الشافعيّة . لكونه ضمان ما لم يجب ، وضمان مجهول ، وضمان عين . وقد بيّنـا جواز الضمان في ذلك كلّه ، ولأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البـائع . والوثائق ثلاثة : الشهادة ، والرهن ، والضمان . فأمّا الشهادة ، فلا يستوفى منهـا الحقّ ، وأما الرهن ، فلا يجوز في ذلك بالإجماع . لأنه يؤدّي إلى أن يبقى أبداً مرهوناً . فلم يبق إلاّ الضمان . ولأنه لا يضمن إلا ما كان واجباً حال العقد . لأنه إنّما يتعلّق بالضمان حكم إذا خرج مستَحَقًّا أو معيباً حال العقد ، ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد ، والجهالة مُنتفيـة . لأنه ضمن الجملة . فإذا خرج بعضه مُستَحَقًّا لزمه بعض ما ضمنه .

إذا ثبت هذا : فإنّه يصحّ ضمانُ العهدة عن البائع المشتري قبل قبض الثمن ، وبعده . وقال الشافعيّ :

إنَّما يصحّ بعد القبض لأنه قبل القبض لو خرج مُسْتَحَقًّا لم يجب على البائع شيء ، وهـذا ينبني على ضمان ما لم يجب إذا كان مُفْضِياً إلى الوجوب كالجُعالة .

وألفاظ ضمان العهدة أن يقول : ضمنتُ عُهدته ، أو ثمنه ، أو دركه . أو يقول للمشترى: ضمنتُ خَلاصك منه ، أو يقول : متى خرج المبيع مستَحَقًّا فقد ضمنتُ لك الثمن ، وحُكى عن أبي يوسف : أنّه قال : ضمنت عهدته ، أو ضمنت لك العُهدة ، والعهدة فى الحقيقة : هى الصكُّ المكتوبُ فيه الابتياع ، هكذا فسّره به أهل اللغة ، فلا يصحّ ضمانُه للمشترى ، لأنَّه ملكه . وليس بصحيح . لأنّ العهدة صارت فى العُرف عبارةً عن الدرك ، وضمان الثمن ، والكلام المطلق يُحمل على الأسماء العُرفية دون اللغوية . كالراوية تحمل عند إطلاقها على المزادة ، لا على الجمل ، وإن كان هو الموضوع له ، فأمّا إن ضمن له خلاص المبيع ، فقال أبو بكر : هو باطل ، لأنّه إذا خرج حُراً ، أو مستَحَقًّا لا يستطيع تخليصه ، ولا يحل ، وقد قال أحمد فى رجل باع عبداً ، أو أمةً ، وضمن له الخلاص فقالَ : كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حُرًّا ؟ فإن ضمن عُهدةَ المبيع ، وخلاصه ، بطل فى الخلاص . وهل يصحّ فى العُهدة ؟ على وجهين ، بناءً على تفريق الصفقة .

إذا ثبت صحة ضمان العهدة ، فالكلام فيما يلزم الضامن . فنقول : إنّ استحقاق رجوع المشترى بالثمن لا يخلو : إمّا أن يكون بسببٍ حادثٍ بعد العقد ، أو مقارنٍ له . فأمّا الحادث ، فمثل تلف المبيع من المكيل ، والموزون فى يد البائع ، أو بغصبٍ من يده ، أو يتقايلان ، فإنّ المشترى يرجع على البائع دون الضامن . لأن هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد : وإنّما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد ، ويحتمل أن يرجع به على الضامن ، لأنَّ ضمان مالم يجب جائز . وهذا منه . وأمّا إن كان بسببٍ مقارنٍ نظرنا : فإن كان بسببٍ لا تفريط من البائع فيه ، كأخذه بالشفعة . فإنّ المشترىَ يأخذ الثمن من الشفيع ، ولا يرجع على البائع ، ولا الضامن ، ومتى لم يجب على المضمون عنه شيء ، لم يجب على الضامن بطريق الأولى ، وأما إن زال ملكه عن المبيع بسببٍ مقارنٍ لتفريط من البائع ، باستحقاقٍ أو حُرّيةٍ ، أو ردٍّ بعيب قديم ، فله الرجوع إلى الضامن . وهذا ضمان العهدة . فإن أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضاً . لأنّه إذا لزمه كلّ الثمن لزمه بعضُه إذا استُحِقّ ذلك على المضمون عنه ، وسواء ظهر كلّ المبيع مستَحقًّا ، أو بعضُه ، لأنّه إذا ظهر بعضه مستَحقًّا بطل العقد فى الجميع فى إحدى الروايتين . فقد خرجت العين كلّها من يده ، بسببِ الاستحقاق ، وعلى الرواية الأخرى : يبطل العقد فى الجميع ، ولكن استحقّ ردّها . فإن ردّها كلّها فالحكم كذلك ، وإن أمسك المملوك منها ، فله المطالبة بالأرش ، كما لو وجد بها عيباً ، ولو باعه عيناً ، أو أقرضه شيئاً بشرط أن يرهن عنده عينا ، فتكفّل رجل بتسليم الرهن لم تصحّ الكفالة ، لأنه لا يلزم الراهن إقباضه ، وتسليمه . فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الأصيل . وإن ضمن المشترى قيمةَ ما يحدث

في المبيع ، من بناء ، أو غرس صح ، سواء ضمنه البائع ، أو أجنبي ، فإذا بنى ، أو غرس ، واستُحق المبيع رجع المشترى على الضامن بقيمة ما تلف ، أو نقص ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يصح لأنه ضمان مجهول : وضمان مالم يجب . وقد بيّنا جواز ذلك .

٣٥٢٠ (فصل) فيمن يصح ضمانه ، ومن لا يصح ، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله . سواء كان رجلا ، أو امرأة . لأنه عقد يقصد به المال ، فصح من المرأة ، كالبيع ، ولا يصح من المجنون ، والمبرسم[1] ، ولا من صبي غير مميز بغير خلاف ، لأنه إيجاب مال بعقد . فلم يصح منهم ، كالنذر والإقرار . ولا يصح من السفيه المحجور عليه . ذكره أبو الخطاب ، وهو قول الشافعي وقال القاضي : يصح ، ويتّبع به بعد فك الحجر عنه لأن من أصلنا أن إقراره صحيح ، يتّبع به من بعد فك الحجر عنه ، فكذلك ضمانه ، والأول أولى . لأنه إيجاب مال بعقد . فلم يصح منه كالبيع ، والشراء . ولا يشبه الإقرار ، لأنه إخبار بحق سابق ، وأما الصبي المميز : فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين ، وهو قول الشافعي ، وخرّجه أصحابنا من الروايتين في صحة إقراره ، وتصرفاته بإذن وليه ، ولا يصح هذا الجمع . لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه . فلم يصح منه ، كالتبرع ، والنذر ، بخلاف البيع ، وإن اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه ، فقال الصبي : قبل بلوغي ، وقال المضمون له : بعد البلوغ ، فقال القاضي : قياس قول أحمد أن القول قول المضمون له ، لأن معه سلامة العقد ، فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويحتمل أن القول قول الضامن ، لأن الأصل عدم البلوغ ، وعدم وجوب الحق عليه ، وهذا قول الشافعي ، ولا يُشبه هذا ما إذا اختلفا في شرط فاسد ، لأن المختلفين ثم متفقان على على أهلية التصرف ، والظاهر أنهما لا يتصرفان إلا تصرفاً صحيحاً . فكان قول مدّعى الصحة هو الظاهر ، وههنا اختلفا في أهلية التصرف ، وليس مع من يدّعى الأهلية ظاهر يستند إليه ، ولا أصل يرجع إليه ، فلا ترجح دعواه ، والحكم فيمن عرف له حالُ جنون ، كالحكم في الصبي ، وإن لم يُعرف له حالُ جنون فالقول قول المضمون له ، لأن الأصل عدمه ، وأمّا المحجور عليه لفلَس . فيصح ضمانه . ويتّبع به بعد فك الحجر عنه . لأنه من أهل التصرف ، والحجر عليه في ماله ، لا في ذمّته . فأشبه الراهن . فصح تصرفه فيما عدا الرهن، فهو كما لو اقترض ، أو أقر ، أو اشترى في ذمّته، ولا يصح ضمان العبد بغير إذن سيّده ، سواء كان مأذونا له في التجارة ، أو غير مأذون له ، وبهذا قال ابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفة ، ويحتمل أن يصح ، ويتّبع به بعد العتق، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأنه من أهل التصرف ، فصح تصرفه فيما لا ضرر على السيّد فيه ، كالإقرار بالإتلاف .

---

(١) المبرسم : الذي يهذي ويخلط في كلامه بسبب علة فيه .

ووجه الأول : أنه عقد تضمّن إيجاب مال . فلم يصح بغير إذن ، كالنكاح . وقال أبو ثور : إن كان من جهة التجارة جاز ، وإن كان من غير ذلك لم يجز، فإن ضمن بإذن سيّده صح . لأنّ سيّده لو أذن له فى التصرّف صح . قال القاضى : وقياس المذهب تعلّق المال برقبته ، وقال ابن عقيل : ظاهر المذهب . وقياسه أنه يتعلّق بذمة السيّد . وقال أبو الخطاب : هل يتعلّق برقبته ، أو بذمّة سيّده ؟ على روايتين ، كاستدانته بإذن سيّده . وقد سبق الكلام فيها ، فإن أذن له سيده فى الضمان ليكون القضاء من المال الذى فى يده صح . ويكون ما فى ذمته متعلّقا بالمال الذى فى يد العبد ، كتعلّق حقّ الجناية برقبة الجانى ، كما لو قال الحرّ : ضمنتُ لك الدين عَلى أن تأخذ من مالى هذا صَحّ ، وأما المكاتبُ فلا يصحّ ضمانه بغير إذن سيده ، كالعبد القِنّ . لأنّه تبرّع بالتزام مال ، فأشبه نذر الصدقة بغير مال . ويحتمل أن يصح ويتّبع به بعد عتقه ، كقولنا فى العبد ، وإن ضمن بإذنه ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصحّ أيضاً . لأنه ربّما أدّى إلى تفويت الحرّية .

والثانى : يصحّ . لأن الحقّ لهما ، لا يخرج عنهما ، فأمّا المريض . فإن كان مرضه غير مَخُوف ، أوغير مرض الموت ، فحكمه حكم الصحيح ، وإن كان مرض الموت المخوف ، فحكم ضمانه حكم تبرّعه ، يُحسب من ثلثه . لأنه تبرّع بالتزام ما لا يلزمه . ولم يأخذ عنه عوضاً . فأشبه الهبة . وإذا فُهِمت إشارة الأخرس صح ضمانه . لأنه يصحّ بيعه ، وإقراره ، وتبرّعه ، فصحّ ضمانه ، كالناطق ، ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن إشارة يُفْهَم بها أنه قَصَدَ الضمان ، لأنه قد يكتب عبثاً ، أو تجربة قلم ، فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال . ومن لا تُفهم إشارته لا يصحّ منه الضمان . لأنّه لا يدرى بضمانه . ولأنه لا تصحّ سائر تصرّفاته ، فكذلك ضمانه .

٣٥٢١ (فصل) إذا ضمن الدين الحالّ مؤجّلاً صحّ ، ويكون حالاً على المضمون عنه ، مؤجّلاً على الضامن ، يملك مطالبة المضمون عنه ، دون الضامن ، وبهذا قال الشافعىّ ، قال أحمد فى رجل ضمن ما على فلان أن يؤدّيه فى ثلاث سنين : فهو عليه . ويؤدّيه كما ضمن ، ووجه ذلك : ما رَوى ابن عباس « أنّ رَجُلاً لَزِمَ غَرِيماً لَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ على عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ : مَا عِنْدِى شَىْءٌ أُعْطِيكَهُ ، فقالَ : وَاللهِ لاَ أُفارِقُكَ حَتَّى تَقْضِيَنِى ، أَوْ تَأْتِيَنِى بِحَمِيلٍ ، فَجَرَّهُ إِلَى النبىّ صَلّى اللهُ عليهِ وَسلم ، فَقَالَ لَهُ النبىُّ صَلّى اللهُ عليهِ وسَلم : كَمْ تَسْتَنْظِرُهُ ؟ قالَ : شَهْراً ، قالَ رَسُولُ اللهِ صلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ : فَأَنَا أَحمِلُ ، فَجَاءَ فى الوَقْتِ الّذى قالَ النبىُّ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّم ، فقالَ لَهُ النبىُّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّم : مِنْ أَيْنَ أَصَبْتَ هَذَا ؟ قَالَ : مِنْ مَعْدِنٍ ، قالَ : لاَ خَيْرَ فِيهَا ، وَقَضَاهَا عَنْهُ » رواه ابن ماجه فى سننه . ولأنه ضمن مالا بعقد مؤجّل ، فكان مؤجّلاً ، كالبيع .

فإن قيل : فعندكم الدين الحالّ لا يتأجّل، فكيف يتأجّل على الضامن؟أم كيف يثبت فى ذمّة الضامن على غير الوصف الذى يتّصف به فى ذمّة المضمون عنه ؟

قلنا : الحقّ يتأجّل فى ابتداء ثبوته ، إذا كان بعقد . وهذا ابتداء ثبوته فى حقّ الضامن ، فإنّه لم يكن ثابتاً عليه حالاً ، ويجوز أن يخالف ما فى ذمة الضامن ما فى ذمة المضمون عنه، بدليل ما لو مات المضمون عنه والدينُ مؤجّل .

إذا ثبت هذا : وكان الدين مؤجّلاً إلى شهر ، فضمنه إلى شهرين ، لم يكن له مطالبة الضامن إلى شهرين . فإن قضاه قبل الأجل ، فله الرجوع به فى الحالّ على الرواية التى تقول : إنه إذا قضى دينه بغير إذن رجع به . لأنّ أكثر ما فيه ههنا أنه قضى بغير إذن ، وعلى الرواية الأخرى لا يرجع به قبل الأجل ، لأنّه لم يأذن له فى القضاء قبل ذلك ، وإن كان الدين مؤجّلا ، فضمنه حالاً لم يصر حالاً ، ولا يلزمه أداؤه قبل أجله ، لأنّ الضامن فرع للمضمون عنه . فلا يلزمه مالا يلزم المضمون عنه ، ولأنّ المضمون عنه لوألزم نفسه تعجيل هذا الدين. لم يلزمه تعجيله ، فبأن لا يلزم الضامن أولى ، ولأنّ الضمان التزامُ دينٍ فى الذمّة . فلا يجوز أن يلتزم مالا يلزم المضمون عنه ، فعلى هذا إن قضاه حالا لم يرجع به قبل أجله . لأنّ ضمانه لم يغيّره عن تأجيله ، والفرق بين هذه المسألة والتى قبلها : أنّ الدين الحالّ ثابت فى الذمّة ، مستَحَقّ القضاء فى جميع الزمان . فإذا ضمنه مؤجّلاً فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنه . فصحّ ، كما لو كان الدينُ عشرةً فضمن خمسةً ، وأمّا الدين المؤجّل فلا يُستحقّ قضاؤه إلا عند أجله . فإذا ضمنه حالاً التزم ما لم يجب على المضمون ، فأشبه ما لو كان الدين عشرةً ، فضمن عشرينَ ، وقيل : يحتمل أن يصحّ ضمان الدين المؤجّل حالاً ، كما يصحُّ ضمان الحالّ مؤجّلاً قياساً لإحداهما على الأخرى . وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس إن شاء الله تعالى .

٣٥٢٢ (فصل) وإذا ضمن ديناً مؤجّلاً عن إنسان ، فمات أحدُهما : إمّا الضامنُ وإمّا المضمون عنه ، فهل يَحِلُّ الدين على الميِّت منهما ؟ على روايتين تقدم ذكرهما .

فإن قلنا : يحلُّ على الميِّت لم يحِلّ على الآخر . لأنّ الدين لا يحلُّ على شخص بموت غيره ، فإن كان الميِّت المضمون عنه لم يستحقّ مطالبة الضامن قبل الأجل ، فإن قضاه قبل الأجل كان متبرّعاً بتعجيل القضاء ، وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الأجل ؟ يخرّج على الروايتين، فيمن قضى بغير إذن مَنْ هو عليه، وإن كان الميِّت الضامن ، فاستوفى الغريمُ الدين من تركته ، لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه ، حتّى يحلّ الحقُّ . لأنّه مؤجّل عليه ، فلا يستحقّ مطالبته به قبل أجله ، وهذا مذهب الشافعىّ ، وحُكى عن زفر : أنّ لهم مطالبته ، لأنّه أدخله فى ذلك مع علمه أنّه يحلُّ بموته .

ولنا : أنه دين مؤجّل ، فلا تجوز مطالبته به قبل الأجل ، كما لو يمت ، وقوله : أدخله فيه . قلنا : إنّما أدخله فى المؤجّل وحلوله بسبب من جهته ، فهو كما لو قضى قبل الأجل .

٣٥٢٣ « مسألة » قال ﴿ ولا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن ﴾ .

يعنى : أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان ، كما يبرأ المحيلُ بنفس الحَوَالة قبل القبض . بل يثبت الحقّ فى ذمّة الضامن ، مع بقائه فى ذمّة المضمون عنه ، ولصاحب الحقّ مطالبة من شاء منهما فى الحياة ، وبعد الموت . وبهذا قال الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو عُبَيد ، وأصحابُ الرأى ، وقال أبو ثور : الكَفَالة ، والحَوَالة سواء ، وكلاهما ينقل الحقّ عن ذمّة المضمون عنه ، والمحيل ، وحُكى ذلك عن ابن أبى ليلى ، وابن شُبْرُمة وداود ، واحتجُّوا بما رَوى أبو سعيد الخُدْرِىّ قال : « كُنَّا مَعَ النبىِّ صلى اللهُ عليه وسلم فى جَنَازَةٍ فلمَّا وُضِعَتْ قال : هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ ؟ قالُوا : نَعَم دِرْهَمَانِ . فقال : صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ ، فقال عَلِىٌّ : هُما عَلَىَّ يا رَسُولَ الله ، وَأَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ . فقامَ رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلم فَصَلَّى عَلَيْهِ . ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى عَلِىٍّ فَقَالَ : جَزَاكَ اللهُ خَيْرًا عَنِ الإِسْلاَمِ ، وَفَكَّ رِهَانَكَ ، كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ ، فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللهِ هَذَا لِعَلِىٍّ خَاصَّةً أَمْ لِلنَّاسِ عَامَّةً ؟ فَقَالَ : لِلنَّاسِ عَامَّةً » رواه الدارقطنىّ . فدلّ على أن المضمون عنه برئ بالضمان ، وروى الإمام أحمد فى المسند ، عن جابر قال « تُوُفِّىَ صَاحِبٌ لَنَا فَأَتَيْنَا النبىَّ صلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلم لِيُصَلِّى عَلَيْهِ ، فَخَطَا خُطْوَةً ، ثُمَّ قَالَ : أَعَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ قُلْنَا : دِينَارَانِ . فانصَرَفَ ، فَتَحَمَّلَهُمَا أَبُو قَتَادَةَ . فَقَالَ : الدِّينَارَانِ عَلَىَّ ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وسَلم : وَجَبَ حَقُّ الْغَرِيمِ ، وَبَرِىءَ الْمَيِّتُ مِنْهُمَا ؟ قال نَعَمْ ؛ فَصَلَّى عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ ؟ قالَ : إِنَّمَا مَاتَ أَمْسِ . قَالَ : فَعَادَ إِلَيْهِ مِنَ الْغَدِ ، فَقَالَ : قَدْ قَضَيْتُهُمَا : فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم : الآنَ بَرَدَتْ جِلْدَتُهُ » وهذا صريح فى براءة المضمون عنه ، لقوله « وَبَرِىءَ الميِّت مِنْهُمَا » ولأنه دين واحد ، فإذا صارفى ذمّة ثانية برئت الأولى منه ، كالمحالِ به . وذلك لأنّ الدين الواحد لا يَحِلّ فى محلَّين .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ ، حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ » وقوله فى خبر أبى قتادة « الآنَ بَرَدت جِلْدَتُهُ » حين أخبره أنّه قضى دينه . ولأنّها وثيقة ، فلا تنقل الحقّ ، كالشهادة ، وأمّا صلاةُ النبىّ صلى الله عليه وسلم على المضمون عنــه ، فلأنّه بالضمان صار له وفاء ، وإنّما كان النبىّ صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على مَدِينٍ لم يخلّف وفاء ، وأمّا قوله لعلىّ « فَكَّ اللهُ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ » فإنّه كان بحالٍ لا يُصَلِّى عليه النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فلمّا ضمنه ، فكّه من ذلك ، أو بما فى معناه ، وقوله « بَرِئَ الميِّتُ مِنْهما » صرت أنت المطالبُ بهما . وهذا على سبيل التأكيد

لثبوت الحقّ فى ذمّته ، ووجوب الأداء عليه . بدليل قوله فى سياق الحديث حين أخبره بالقضاء « الآنَ بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدَتُهُ » ويفارق الضمانُ الحوالةَ . فإن الضمان مشتقّ من الضمّ ، فيقتضى الضم بين الذمّتين فى تعلّق الحقّ بهما ، وثبوته فيهما ، والحوالةُ من التحوّل . فتقتضى تحوّل الحق من محلّه إلى ذمّة المحال عليه وقولهم : إن الدين الواحد لا يحلّ فى محلّين . قلنا : يجوز تعلّقه بمحلّين على سبيل الاستيثاق كتعلّق دين الرهن به ، وبذمّة الراهن . وقال أبو بكر عبد العزيز : أما الحىّ فلا يبرأ بمجرّد الضمان ، روايةً واحدةً ، وأما الميّت : ففى براءته بمجرّد الضمان روايتان :

إحداهما : يبرأ بمجرد الضمان . نص عليه أحمد فى رواية يوسف بن موسى . لما ذكرنا من الخبرين ، ولأنّ فائدة الضمان فى حقّه تبرئةُ ذمّته . فينبغى أن تحصل هذه الفائدة بمجرّد الضمان . بخلاف الحىّ ، فإنّ المقصود من الضمان فى حقّه الاستيثاق ، وثبوته فى الذمّتين آكدُ فى الاستيثاق بالحقّ .

والثانية : لا يبرأ إلا بالأداء ، لما ذكرناه ، ولأنّه ضمان ، فلا يبرأ به المضمون عنه ، كالحىّ :

٣٥٢٤ (فصل) ولصاحب الحقّ مطالبة من شاء منهما . وحُكى عن مالك فى إحدى الروايتين عنه . أنّه لا يُطالب الضامن إلا إذا تعذّر مطالبةُ المضمون عنه ، لأنه وثيقة ، فلا يُستوفَى الحقّ منها إلا عند تعذّر استيفائه من الأصل ، كالرهن .

ولنا : أن الحقّ ثابت فى ذمّة الضامن ، فملك مطالبته ، كالأصيل . ولأنّ الحقّ ثابت فى ذمتهما ، فملك مطالبة من شاء منهما ، كالضامنين إذا تعذّرت مطالبة المضمون عنه . ولا يُشبه الرهن ، لأنّه مال مَنْ عليه الحقّ ، وليس بذى ذمّة يطالب ، إنّما يطالب مَن عليه الدين ، ليقضى منه ، أو مِنْ غيره .

٣٧٢٥ (فصل) وإن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمّة الضامن . لا نعلم فيه خلافاً ، لأنّه تبع ، ولأنّه وثيقة ، فإذا برىء الأصل زالت الوثيقة ، كالرهن . وإن أبرأ الضامن لم تبرأ ذمّة المضمون عنه : لأنّه أصلٌ ، فلا يبرأ بإبراء التبع ، ولأنه وثيقة انحلّت من غير استيفاء الدين منها ، فلم تبرأ ذمّة الأصل ، كالرهن إذا انفسخ من غير استيفائه ، وأيّهما قضى الحقّ برئا جميعاً من المضمون له ، لأنّه حقّ واحد . فإذا استُوفِىَ مرّةً زال تعلّقه بهما ، كما لو استُوفِى الحق الذى به قرضٌ ، وإن أحال الغريم برئا جميعاً لأنه حق واحد ، فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما ، كما لو استوفى دينُ الرهن ، وإن أحال أحدهما الغريم برئا جميعاً ، لأنّ الحوالة كالقضاء .

٣٥٢٦ (فصل) وإن ضمن الضامنَ ضامنٌ آخر صحّ ، لأنّه دين لازم فى ذمّته ، فصحّ ضمانه ، كسائر الديون ، ويثبت الحقّ فى ذمم ثلاثة أيُّهم قضاه برئت ذِمَمُهم كلّها . لأنه حقٌّ واحد ، فإذا قُضِى مرّةً لم يجب قضاؤه مرّةً أخرى ، وإن أبرأ الغريم المضمون عنه برىء الضامنان لأنّهما فرع ، وإن أبرأ الضامنُ الأولُ برىء الضامنان كذلك ، ولم يبرأ المضمون عنه ، لما تقدّم ، وإن أبرأ الضامنَ الثانى برىء

وحده ، ومتى حصلت براءة الذمّة بالابراء فلا يرجع فيها بحالٍ ، لأنّ الرجوع مع الغُرم ، وليس فى الإبراء غُرم ، ، والكفالة كالضمان فى هذا المعنى جميعه ، وتزيد بأنه إذا مات المكفول عنه برئ كفيلاه . وإن مات الكفيلُ الأوّل برئ الثانى دون المكفول عنه ، لأنّ الوثيقة انحلّت من غير استيفاء ، فأشبه الرهن وإن مات الكفيل برئ وحده .

٣٥٢٧ (فصل) وإن ضمن المضمون عنه الضامن ، أو تكفل المكفول عنه الكفيلَ ، لم يصحّ . لأنّ الضمان يقتضى إلزامه الحق فى ذمّته ، والحقّ لازم له ، فلا يُتصوّر إلزامه ثانياً . ولأنّه أصل فى هذا الدين ، فلا يجوز أن يصير فرعاً فيه . وإن ضمن عنه ديناً آخر ، أو كفل به فى حقّ آخر ، جاز لعدم ما ذكرناه فيه .

٣٥٢٨ (فصل) ويجوز أن يضمن الحقّ عن الرجل الواحد اثنان ، وأكثر ، سواء ضمن كلّ واحد منهم جميعه ، أو جزءا منه . فإن ضمن كلّ واحد منهم جميعه برئ كلّ واحد منهم بأداء أحدهم ، وإن أبرئ المضمون عنه برئ الجميع ، لأنهم فروع له . وإن أبرئ أحد الضُّمَّانِ برئ وحده . ولم يبرأ غيرُه ، لأنّهم غيرُ فروع له : فلم يبروؤا ببراءته ، كالمضمون عنه ، وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يجُز . لأن الحقّ ثبت فى ذمّته بضمانه الأصليّ ، فلا يجوز أن يثبت ثانياً . ولأنه أصلٌ فيه بالضمان . فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً ، ولو تكفّل بالرجل الواحد رجلان جاز . ويجوز أن يتكفّل كلّ واحد من الكفيلين صاحبه ، لأنّ الكفالة ببدنه ، لا بما فى ذمّته . وأيّ الكفيلين أحضر المكفول به برئ ، وبرئ صاحبُه من الكَفَالة ، لأنّه فرعه ، ولم يبرأ من إحضار المكفول به ، لأنّه أصل فى ذلك ، وإن كفل المكفولُ الكفيلَ لم يجُز . لأنّه أصل له فى الكفالة ، لم يجز أن يصير فرعاً له فيما كُفِل به ، وإن كفل به فى غير هذا الحقّ جاز . لأنّه ليس بفرع له فى ذلك .

٣٥٢٩ « مسألة » قال ﴿ فمتى أدّى رجع عليه ، سواء قال له : اضمن عنّى ، أو لم يقل ﴾

يعنى : إذا أدّى الدينَ محتسبا بالرجوع على المضمون عنه ، فأمّا إن قضى الدين متبرّعاً به غير ناوٍ للرجوع به ، فلا يرجع بشىء ، لأنّه يتطوّع بذلك ، أشبه الصدقة ، وسواء ضمن بأمره ، أو بغير أمره ، فأما إذا أدّاه بنيّة الرجوع به ، لم يخلُ من أربعة أحوال :

أحدها : أن يضمن بأمر المضمون عنه ، ويؤدّى بأمره ، فإنّه يرجع عليه ، سواء قال له : اضمن عنّى ، أو أدِّ عنّى ، أو أطلَقَ ، وبهذا قال مالك ، والشافعيّ ، وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة ومحمد : إن قال : اضمن عنّى ، وانقد عنّى رجع عليه ، وإن قال : انقد هذا لم يرجع إلا أن يكون مُخالطاً له يستقرض منه ، ويودِع عنده . لأنّ قوله : اضمن عنّى ، وانقُد عنّى إقرار منه بالحقّ . وإذا أطلق ذلك صار كأنّه قال : هب

لهذا ، أو تطوّع عليه . وإذا كان مخالطاً له رجع استحساناً ، لأنَّه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه .

ولنا . أنه ضمن ، ودفع بأمره . فأشبه ماإذا كان مُخالطاً له ، أو قال : اضمن عنِّى ، وما ذكراه ليس بصحيح ، لأنَّه إذا أمره بالضمان لا يكون إلاّ لما هو عليه ، وأمرُه بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه ، بدليل المخالط له .فيجبُ عليه أداء ما أدَّى عنه ، كما لو صرّح به .

الحال الثانى : ضمن بأمره ، وقضى بغير أمره ، فله الرجوع أيضاً . وبه قال مالك ، والشافعىّ فى أحد الوجوه عنه ، والوجه الثانى : لا يرجع به ، لأنَّه دفع بغير أمره . أشبه مالو تبرع به . الثالث : أنه إن تعذّر الرجوع على المضمون عنه ، فدفع ما عليه رجع ، وإلاّ فلا ، لأنه تبرع بالدفع .

ولنا : أنه إذا أذن فى الضمان تضمَّن ذلك إذنَه فى الأداء ، لأنّ الضمان يوجب عليه الأداء ، فرجع عليه ، كما لو أذن فى الأداء صريحاً .

الحال الثالث : ضمن بغير أمره ، وقضى بأمره فله الرجوع أيضاً . وظاهر مذهب الشافعىّ : أنه لا يرجع ، لأن أمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه .

ولنا : أنَّه أدَّى دينه بأمره ، فرجع عليه ، كما لو لم يكن ضامناً ، أو كما لو ضمن بأمره ، وقولهم : إنَّ أذنه فى القضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه ، قلنا : الواجب بضمانه إنَّما هو أداء دينه ، وليس هو شيئاً آخر ، فمتى أدَّاه عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله .

الحال الرابع : ضمن بغير أمره ، وقضى بغير أمره ، ففيه روايتان :

إحداهما : يرجع بما أدَّى . وهو قول مالك ، وعبد الله بن الحسن ، وإسحاق .

والثانية : لا يرجع بشىء . وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ وابن المنذر ، بدليل حديث علىّ ، وأبى قتادة ، فإنَّهما لو كانا يستحقَّان الرجوع على الميّت صار الدين لهما ، فكانت ذمة الميت مشغولةً بدينهما ، كاشتغالها بدين المضمون عنه ، ولم يُصلّ عليه النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأنَّه تبرّع بذلك ، أشبه ما لو علف دوابّه ، وأطعم عبيده بغير أمره .

ووجه الأولى : أنه قضاء مُبرئ من دين واجب . فكان من ضمان مَن هو عليه ، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه ، فأمّا علىّ وأبو قتادة ، فإنّهما تبرّعا بالقضاء ، والضمان ، فإنّهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمّته ، ليُصلّى عليه صلّى الله عليه وسلم ، مع علمهما بأنّه لم يترك وفاء ، والمتبرِّع لا يرجع بشىء ، وإنما الخلاف فى المحتَسِب بالرجوع .

٣٥٣٠ (فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقلّ الأمرين ممَّا قضى ، أو قدر الدين . لأنَّه إن كان الأقلّ الدين ، فالزائد لم يكن واجباً . فهو متبرّع بأدائه ، وإن كان المقضىّ أقلّ ، فإنّما يرجع بما غَرِم .

لهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء . وإن دفع عن الدين عَرْضاً رجع بأقلّ الأمرين من قيمته ، أو قدْر الدين ، لذلك . فإن قضى المؤجّل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله ، لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم ، فإن أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه ، ويرجع بالأقلّ ممّا أحال به ، أو قدر الدين ، سواء قبض الغريم من المحال عليه ، أو أبرأه ، أو تعذّر عليه الاستيفاء ، لفلَسٍ أو مَطْلٍ . لأنّ نفس الحوالة كالاقباض .

٣٥٣١ (فصل) ولو كان على رجلين مائة ، على كلّ منهما نصفُها ، وكلّ واحد ضامن عن صاحبه ما عليه ، فضمن آخرُ عن أحدهما المائةَ بأمره ، وقضاها ، سقط الحقّ عن الجميع ، وله الرجوع بها على الذى ضمن عنه ، ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء فى إحدى الروايتين . لأنّه لم يضمن عنه ، ولا أذن له فى القضاء ، فإذا رجع على الذى ضمن عنه رجع على الآخر بنصفها ، إن كان ضمن عنه بإذنه ، لأنّه ضمنها عنه بإذنه ، وقضاها ضامنه ، والرواية الثانية : له الرجوع على الآخر بالمائة . لأنها وجبت له على من أدّاها عنه . فملك الرجوع بها عليه ، كالأصل .

٣٥٣٢ (فصل) إذا ضمن عن رجل بإذنه ، فطولب الضامن ، فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه . لأنه لزمه الأداء عنه بأمره ، فكانت له المطالبة بتبرئة ذمّته . وإن لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه ، لأنّه لمّا لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته ، لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه ، وفيه وجه آخر : أنّ له المطالبة . لأنه شغل ذمته بإذنه ، فكانت له المطالبة بتفريغها ، كما لو استعار عبداً ، فرهنه ، كان للسيّد مطالبته بفَكاكه ، وتفريغه من الرهن ، والأول أولى ، ويُفارق الضمانُ العاريَة ، لأنّ السيّد يتضرّر بتعويق منافع عبده المستعار ، فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه ، والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منافعه ، فأمّا إن ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الأداء بحالٍ ، لأنّه لا حقّ له يطالب به ، ولا شغل ذمته بأمره . فأشبه الأجنبىّ ، وقيل : إن هذا ينبنى على الروايتين فى رجوعه على المضمون عنه بما أدّى عنه . فإن قلنا : لا يرجع ، فلا مطالبة له بحالٍ ، وإن قلنا : يرجع . فحكمُهُ حكمُ من ضمن عنه بأمره ، على ما مضى تفصيلُه .

٣٥٣٣ (فصل) فإن ضمن الضامنَ ضامن آخر ، فقضى أحدهم الدينَ برئوا جميعاً . فإن قضاه المضمون عنه لم يرجع على أحد ، وإن قضاه الضامن الأول رجع على المضمون عنه . دون الضامن عنه ، وإن قضاه الثانى رجع على الأول ، ثم رجع الأول على المضمون عنه ، إذا كان كلّ واحد منهما قد أذن لضامنه ، فإن لم يكن أذن له ففى الرجوع روايتان ، وإن أذن الأول للثانى ولم يأذن المضمون عنه ، أو أذن المضمون عنه لضامنه ، ولم يأذن الضامن لضامنه ، رجع المأذون له على من أذن له ، ولم يرجع الآخر على إحدى

الروايتين . فإن أذن المضمون عنه للضامن الثانى فى الضمان ، ولم يأذن له الضامن الأول . رجع على المضمون عنه ، ولم يرجع على الضامن . لأنه إنما يرجع على من أذن له ، دون غيره .

٣٥٣٤ (فصل) إذا كان له ألف على رجلين ، على كلٍّ واحد منهما نصفه . وكلٌّ واحد منهما ضامن عن صاحبه ، فأبرأ الغريم أحدهما من الألف برىء منه ، وبرىء صاحبه من ضمانه ، وبقى عليه خمسمائة ، وإن قضاه أحدهما خمسمائة ، أو أبرأه الغريم منها ، وعيّن القضاء بلفظه ، أو بنية عن الأصل ، والضمان ، انصرف إليه . وإن أطلق احتمل أنّ له صرفها إلى ما شاء منهما ، كمن أخرج زكاة نصاب ، وله نصابان : غائب ، وحاضر ، كان له صرفها إلى ما شاء منهما . واحتمل أن يكون نصفُها عن الأصل ، ونصفُها عن الضمان ، لأنّ ، إطلاق القضاء ، والإبراء ينصرف إلى جملة ما فى ذمته ، فيكون بينهما ، والمعتبر فى القضاء : لفظ القاضى ، ونيّته . وفى الابراء : لفظ المُبرىء ونيّته ، ومتى اختلفوا فى ذلك ، فالقول قول مَن المعتبرُ لفظُه ونيّته .

٣٥٣٥ (فصل)ولو ادّعى ألفاً على حاضر ، وغائب ، وأن كلّ واحدمنهما ضامن عن صاحبه ، فاعترف الحاضر بذلك ، فله أخذ الألف منه ، فإذا قدم الغائب ، فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه ، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه ، وإن أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه ، فإن قامت عليه بيّنة فاستوفى الألف منه لم يرجع على الغائب بشىء . لأنه بإنكاره معترف : أنّه لا حقّ له عليه . وإنّما المدّعى ظلمه ، وإن اعترف الغائب ، وعاد الحاضر عن إنكاره ، فله أن يستوفى منه ، لأنه يدّعى عليه حقاً يعترف له به ، فكان له أخذه منه . وإن لَم يقُم على الحاضر بَيِّنَةٌ حلف وبرئ ، فإذا قدم الغائب ، فأنكر أيضاً ، وحلف برئ ، وإن اعترف لزمه دفعُ الألف : وقال بعض أصحاب الشافعىّ : لا يلزمه إلا خُمْس المائة الأصلية ، دون المضمونة ، لأنّها سقطت عن المضمون عنه بيمينه ، فتسقط عن ضامنه .

ولنا : أنه يعترف بها ، وغريمه يدّعيها ، واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه فى الظاهر ، ولم تُسقط عنه الحقّ الذى فى ذمّته ، ولهذا لو قامت عليه بيّنه بعد يمينه لزمه ولزم الضامن .

٣٥٣٦ (فصل) وإذا ادّعى الضامن أنّه قضى الدين ، فأنكر المضمون له ، ولا بيّنة له . فالقول قول المضمون له . لأنّه ادّعى تسليم المال إلى مَن لم يأمنه . فكان القول قول المنكر ، وله مطالبة من شاء منهما ، فإن رجع على المضمون عنه ، فهل يرجع الضامن بما قضاه عنه ؟ نظرنا : فإن لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه ، وإن اعترف له بالقضاء ، وكان قد قضى بغير بيّنه فى غَيبة المضمون عنه ، لم يرجع بشىء ، سواء صدّقه المضمون عنه ، أو كذّبه . لأنّه أذن له فى قضاء مُبرئ ، ولم يوجَد ، وإن قضاه بِبَيِّنَةٍ ثبت بها الحقّ ، لكن إن كانت ميتة ، أو غائبةً ، فللضامن الرجوع على المضمون عنه ، لأنّه معترف : أنّه ما قصر

وَلا فرّط ، وإن قضاه ببيّنة مردودة ، بأمر ظاهر ، كالـكفر ، والفسق الظاهر . لم يرجع الضامنُ ، لتفريطه ، لأنّ هذه البيّنة كعدمها ، وإن رُدّت بأمر خفيّ ، كالفسق الباطن ، أو كانت الشهادة مختلَفاً فيها ، مثل أن أشهد عبدين ، أو شاهداً واحداً فردّت لذلك ، أو كان ميّتاً أو غائباً احتمل أن يرجع ، لأنّه قضى ببيّنة شرعيّة ، والجرح ، والتعديل ليس إليه ، واحتمل أن لا يرجع ، لأنّه أشهد من لا يثبُت الحقُّ بشهادته ، وإن قضى بغير بيّنة بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان :

أحدهما : يرجع . وهو مذهب الشافعيّ ، لأنّه إذا كان حاضراً كان الاحتياط إليه . فإذا ترك التحفّظ وهو حاضر ، فهو المفرِّط دون الضامن .

والثانى : لا يرجع . لأنه قضى قضاء لا يُبرِئ ، فأشبه ما لو قضى فى غيبته ، فأمّا إن رجع المضمون له على الضامن ، فاستوفى منه مرّةً ثانية ، رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانياً ، لأنّه أبرأ به ذمّته ظاهراً ، قال القاضى : ويحتمل أن له الرجوع بما قضاه أوّلاً ، دون الثانى ، لأنّ البراءة حصلت به فى الباطن ، ولأصحاب الشافعىّ كهذين الوجهين ، ووجه ثالث : أنّه لا يرجع بشىء بحال لأنّ الأول ما أبرأه ظاهراً ، والثانى ما أبرأه باطناً .

ولنا : أن الضامن أدى عن المضمون عنه بإذنه ، إذا أبرأه ظاهراً ، وباطناً ، فرجع به . كما لو قامت به البيّنة . والوجه الأول أرجح . لأنّ القضاء المُبرِىء فى الباطن ما أوجب الرجوع . فيجب أن يجب بالباقى المُبرِىء فى الظاهر ، وإن اعترف المضمون له بالقضاء ، وأنكر المضمون عنه ، لم يُلتفت إلى إنكاره ، لأنّ ما فى ذمّته حقٌّ المضمون له . فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحقّ الذى له صار الضامن ، فيجب أن يقبل إقراره ، لكونه إقراراً فى حقّ نفسه ، ويحتمل أن لا يقبل ، لأنّ الضامن مدّعٍ لما يستحقُّ به الرجوع على المضمون عنه . فقول المضمون له شهادةٌ على فعل نفسه ، فلا يُقبل ، والصحيحُ الأول ، وشهادة الإنسان على فعل نفسه صحيحة ، كشهادة المُرضِعة بالرّضاع ، وقد ثبت ذلك بخبر عُقْبة ابن الحارث .

٣٥٣٧ (فصل) ولا يدخل الضمانَ والكفالةَ خيار . لأنّ الخيار جُعل ليُعرف ما فيه الحظّ ، والضمين ، والكفيلُ على بصيرة : أنّه لاحظّ لهما . ولأنّه عقد لا يفتقر إلى القبول ، فلم يدخله خيارٌ كالنذر ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . ولا نعلم عن أحد خلافهم . فإن شرط الخيار فيهما ، فقال القاضى : عندى أن الكفالة تبطل ، وهو مذهبُ الشافعىّ . لأنه شرط ما ينافى مقتضاها ، ففسدت ، كما لو شرط أن لا يؤدّى ما على المكفول به ، وذلك لأن مقتضى الضمان ، والكفالة لزوم ما ضمنه ، أو كفل به ، والخيارُ ينافى ذلك ، ويحتمل أن يبطل الشرط ، وتصحّ الكفالة ، كما قلنا فى الشروط الفاسدة فى البيع ، ولو أقرّ بأنه

كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة ، وبطل الشرط ، لأنه وصل بإقراره ما يُبطله . فأشبه استثناء الكل .

٣٥٣٨ (فصل) وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفاً ضمان اشتراك[1] ، فقالا : ضمنّا لك الألف الذي على زيد ، فكلّ واحد منهم ضامنٌ لنصفه ، وإن كانوا ثلاثةً : فكلٌّ واحد منهم ضامنٌ ثلثَه ، فإن قال واحد منهم : أنا وهذان ضامنون لك الألف ، فسكت الآخران . فعليه ثلث الألف ، ولا شيء عليهما. وإن قال : كلٌّ واحد منّا ضامن لك الألف ، فهذا ضمان اشتراك وانفراد ، وله مطالبة كلٍّ واحد منهم بالألف كله إن شاء، وإن أدّى أحدهم الألف كلّه أو حصّته لم يرجع إلاّ على المضمون عنه ، لأنّ كلّ واحد منهم ضامن أصليّ . وليس بضامن عن الضامن الآخر .

٣٥٣٩ « مسألة » قال ﴿ ومن كفل بنفسٍ لزمه ما عليها إن لم يُسلّمها ﴾ .

وجملة ذلك : أن الكفالة بالنفس صحيحة فى قول أكثر أهل العلم ، هذا مذهب شُرَيح ، ومالك ، والثورىّ ، والليث ، وأبى حنيفة ، وقال الشافعىّ فى بعض أقواله : الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلفَ أصحابه ، فمنهم من قال : هى صحيحة قولاً واحداً. وإنّما أراد أنّها ضعيفة فى القياس ، وإن كانت ثابتةً بالإجماع ، والأثر ، ومنهم من قال : فيها قولان : أحدهما : أنّها غيرُ صحيحةٍ ، لأنّها كفالة بِعَيْنٍ ، فلم تصحّ . كالكفالة بالوجه ، وبدن الشاهدين .

ولنا : قول الله تعالى (١٢ : ٦٦ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلاَّ أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ) ولأنّ ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة ، كالمال .

إذا ثبت هذا فإنه متى تعذّر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته ، أو امتنع من إحضاره لزمه ما عليه ، وقال أكثرهم لا يغْرَم .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » ولأنّها أحدُ نوعى الكفالة ، فوجب بها الغُرم ، كالكفالة بالمال .

٣٥٤٠ (فصل) وإذا قال : أنا كفيل بفلان ، أو بنفسِهِ ، أو ببدنه ، أو بوجهه . كان كفيلا به . وإن كفل برأسه ، أو كبده ، أو جزء لا تبقى الحياة بدونه ، أو بجزء شائع منه ، كثلثه ، أو ربعه . صحّت الكفالة ، ولأنّه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضاره كلّه ، وإن تكفّل بعضو تبقى الحياة بعد زواله ، كيده ، ورجله ، ففيه وجهان :

أحدهما : تصحّ الكفالة ، وهو قول أبى الخطّاب ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، لأنه لا يمكنه

(١) فى الأصول : ضمان اشتراط ، بالطاء ، وهو تصحيف لم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

إحضار هذه الأعضاء على صفتها ، إلاّ بإحضار البدن كله . فأشبه الكفالة بوجهه ، ورأسه . ولأنه حكم يتعلق بالجملة ، فيثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض ، كالطلاق ، والعتاق .

والثانى : لا يصحّ ، لأنه يمكن إحضاره بدون الجملة مع بقائها ، وقال القاضى : لا تصحّ الكفالة ببعض البدن . ولا تصحّ إلا فى جميعه ، لأنّ ما لا يسرى لا يصحّ إذا خصّ به عضو ، كالبيع ، والإجارة .

٣٥٤١ (فصل) وتصحّ الكفالة ببدن كلّ من يلزم حضوره فى مجلس الحكم ، بدين لازم ، سواء كان الدين معلومًا ، أو مجهولاً ، وقال بعض أصحاب الشافعىّ : لا تصحّ بمن عليه دين مجهول ، لأنّه قد يتعذّر إحضار المكفول به ، فيلزمه الدين ، ولا يمكن طلب منه لجهله .

ولنا : أنّ الكفالة بالبدن لا بالدين ، والبدن معلوم ، فلا تبطُل الكفالة لاحتمالِ عارضٍ ، ولأنّا قد تبيّنا أن ضمان المجهول يصحّ ، وهو التزام المال ابتداء ، فالكفالة التى لا تتعلّق بالمال ابتداء أولى ، وتصحّ الكفالة بالصبىّ ، والمجنون لأنّهما قد يجب إحضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف ، وإذنُ وليّهما يقومُ مقام إذنهما . وتصحّ الكفالة ببدن المحبوس ، والغائب ، وقال أبو حنيفة : لا تصحّ .

ولنا : أن كلّ وثيقة صحّت مع الحضور صحّت مع الغيبة ، والحبس كالرهن ، والضمان . ولأن الحبس لا يمنع من التسليم ، لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم ، أو أمر من حبسه ، ثم يعيده إلى الحبس بالحقّين جميعًا : والغائب يمضى إليه فيُحضره ، إن كانت الغيبة غيرَ مُنقطعة ، وهو أن يعلم خبره ، فإن لم يعلم خبره لزمه ما عليه . قاله القاضى ، وقال فى موضع آخرَ : لا يلزمهُ ما عليه حتى تمضى مدّة يُمكنهُ الردّ فيها فلا يفعل .

٣٥٤٢ (فصل) ولا تصحّ الكفالة ببدن مَن عليه حدّ ، سواء كان حقًّا لله تعالى ، كحدّ الزنا ؛ والسرقة ، أو لآدمىّ ، كحدّ القذف ، والقِصاص ، وهذا قول أكثر أهل العلم . منهم شُرَيح والحسن ، وبه قال إسحاق ، وأبو عُبَيد ، وأبو ثور ، وأصحابُ الرأى . وبه قال الشافعىّ فى حدود الله تعالى ، واختلف قوله فى حدود الآدمىّ ، فقال فى موضع : لا كفالة فى حدود الآدمىّ ، ولا لِعان . وقال فى موضع : تجوز الكفالة بمن عليه حقّ ، أو حدّ . لأنه حقّ لآدمىّ ، فصحّت الكفالة به . كسائر حقوق الآدميّين .

ولنا : ما رُوى عن عمرو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جدّه ، عن النبىّ صلى اللهُ عليهِ وسلم أنّه قال : « لاَ كَفالَةَ فِى حَدّ » ولأنه حدّ ، فلم تصحّ الكفالة فيه ، كحدود الله تعالى . ولأنّ الكفالة استيثاق ، والحدود مبناها على الإسقاط ، والدرء بالشبهات ، فلا يدخل فيها الاستيثاق ، ولأنّه حقّ

لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذّر عليه إحضار المكفول به ، فلم تصحّ الكفالة بمن هو عليه ، كحدّ الزنا .

٣٥٤٣ (فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة ، لأنّ الحضور لا يلزمه ، فلا تجوز الكفالة به ، كدين الكتابة .

٣٥٤٤ (فصل) وتصحّ الكفالة حالّةً ، ومؤجّلةً ، كما يصحّ الضمان حالاً ، ومؤجّلاً ، وإذا أطلق كانت حالّةً ، لأنّ كلّ عقد يدخله الحلول اقتضى إطلاقه الحلول ، كالثمن ، والضمان ، فإذا تكفّل حالاً كان له مطالبته بإحضاره ، فإن أحضره ، وهناك يد حائلة ظالمة ، لم يبرأ منه ، ولم يلزم المكفول له تسلّمه ، لأنّه لا يحصلُ له غرضهُ ، وإن لم تكن يد حائلة لزمه قبوله ، فإن قبله برىء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى : لا يبرأ حتّى يقول : قد برئتُ إليك منه ، أو قد سلّمته إليك ، أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيحُ الأوّل . لأنّه عقد على عمل ، فبرئ منه بالعمل المعقود عليه ، كالإجارة ، فإن امتنع من تسلّمه برىء ، لأنه أحضر ما يجب تسليمه عند غريمه ، وطلب منه تسلّمه على وجهٍ لاضرر في قبضه ، فبرىء منه ، كالمُسلَم فيه ، وقال بعض أصحابنا : إذا امتنع من تسلّمه أشهد على امتناعه رجلين ، وبرىء . لأنّه فعل ما وقع العقد على فعله ، فبرىء منه ، وقال القاضي : يرفعه إلى الحاكم ، فيسلّمه إليه ، فإن لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على إحضاره ، وامتناع المكفول له من قبوله ، والأوّل أصحّ ، فإنه مع وجود صاحب الحقّ لا يلزمه دفعه إلى نائبه ، كحاكم أو غيره .

وإن كانت الكفالة مؤجّلة لم يلزم إحضاره قبل الأجل ، كالدين المؤجّل ، فإذا حلّ الأجل ، فأحضره ، وسلّمه برىء ، وإن كان غائباً ، أو مرتداً لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحقّ حتى يمضى زمن يمكن المضىّ إليه ، وإعادتُه ، وقال ابن شُبْرُمة : يُحبس في الحالّ . لأنّ الحقّ قد توجّه عليه .

ولنا : أن الحقّ يعتبر في وجوب أدائه إمكانُ التسليم ، وإن كان حالاً كالدين . فإذا مضت مدّة يمكن إحضاره فيها ، ولم يُحضره ، أو كانت الغيبة منقطعة لا يَعلم خبره ، أو امتنع من إحضاره مع إمكانه أُخِذَ بما عليه ، وقال أصحاب الشافعيّ : إن كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه ، لم يطالب الكفيل بإحضاره ، ولم يلزمه شيء ، وإن امتنع من إحضاره مع إمكانه ، حُبِسَ . وقد دلّلنا على وجوب الغُرم فيما مضى ، وإن أحضر المكفول به قبل الأجل ، ولا ضرر في تسليمه ، لزمه . وإن كان فيه ضرر ، مثل أن تكون حجّة الغريم غائبةً ، أو لم يكن يوم مجلس الحاكم ، أو الدين مؤجّل عليه ، لا يمكن اقتضاؤه منه ، أو قد وعده بالإنظار في تلك المدّة ، لم يلزمه قبوله ، كما نقول فيمن دفع الدين المؤجّل قبل حلوله .

٣٥٤٥ (فصل) وإذا عيّن في الكفالة تسليمه في مكان ، فأحضره في غيره ، لم يبرأ من الكفالة .

وبه قال أبو يوسف، ومحمد. وقال القاضى: إن أحضره بمكانٍ آخرَ من البلد، وسلّمه، برىء من الكفالة. وقال بعض أصحابنا: متى أحضره فى أىّ مكان كان، وفى ذلك الموضع سُلطان، برىء من الكفالة، لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم، ويمكن إثبات الحجّة فيه. وقيل: إن كان عليه ضرر فى إحضاره بمكان آخرَ، لم يبرأ الكفيل بإحضاره فيه، وإلا برىء، كقولنا فيما إذا أحضره قبل الأجل، ولأصحاب الشافعىّ اختلافٌ على نحو ما ذكرنا.

ولنا: أنه سلم ما شرط تسليمه فى مكان فى غيره فلم يبرأ، كما لو أحضر المُسلَم فيه فى غير هذا الموضع الذى شرطه، ولأنّه قد سلّم فى موضع لا يقدر على إثبات الحجّة فيه، لغيبة شهوده، أو غير ذلك، وقد يهرب منه، ولا يقدر على إمساكه، ويُفارق ما إذا أحضره قبل الأجل، فإنّه عجّل الحقّ قبل أجله، فزاده خيراً، فإذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله، وإن وقعت الكفالة مُطلقةً وجب تسليمهُ فى مكان العقد، كالسلم، فإن سلّمه فى غيره فهو كتسليمه فى غير المكان الذى عَيّنه، وإن كان المكفول به محبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسلمهُ محبوساً. لأنّ ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقّه، وإن كان محبوساً عند الحاكم، فسلّمه إليه محبوساً لزمه تسلمه لأنّ حبس الحاكم لا يمنعهُ استيفاء حقّه. وإذا طالب الحاكم بإحضاره أحضره مجلسه، وحكم بينهما، ثم ردّه إلى الحبس، وإن توجّه عليه حقّ للمكفول له حبسه بالحقّ الأوّل، أو حقّ المكفول له.

٣٥٤٦ (فصل) وإن كفل إلى أجل مجهول لم تصحّ الكفالة، وبهذا قال الشافعىّ، لأنّه ليس له وقت يستحقّ مطالبته فيه، وهكذا الضمان، وإن جعله إلى الحصاد، والجزاز، والعطاء، خرّج على الوجهين، كالأجل فى البيع، والأولى صحّتها هنا، لأنّه تبرُّع من غير عِوض، جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه، فصحّ كالنذر. وهكذا كلّ مجهول لا يمنع مقصود الكفالة، وقد روى مهنّا عن أحمد فى رجل كفل رجلاً آخر، فقال: إن جئتُ به وقت كذا وإلاّ فما عليه علىّ فقال: لا أدرى. ولكن إن قال: ساعة كذا لزمه، فنصّ على تعيين الساعة، وتوقّف عن تعيين الوقت، ولعلّه أراد وقتاً متّسعاً، أو وقت شىء يحدُث مثل وقت الحصاد، ونحوه. فأمّا إن قال: وقت طلوع الشمس ونحو ذلك، صحّ. وإن قال: إلى الغد، أو شهر كذا، تعلّق بأوّله، على ما ذكرنا فى السلَمَ.

٣٥٤٧ (فصل) وإذا تكفّل برجل إلى أجلٍ إن جاء به فيه وإلاّ لزمه ما عليه صحّ. وبه قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، وقال محمد بن الحسن، والشافعىّ لا تصح الكفالة، ولا يلزمه ما عليه. لأنّ هذا تعليق الضمان بخطر، فلم يصحّ، كما لو علقه بقدوم زيد.

ولنا: أن هذا موجَب الكفالة، ومقتضاها، فصحّ اشتراطه، كما لو قال: إن جئتُ به فى وقت كذا

وإلاّ فلك حبسى ، ومبنىَ الخلاف ههنا على الخلاف فى أن هذا مقتضى الـكفالة . وقد دلّلنا عليه ، وأمّا إن قال : إن جئتُ به فى وقت كذا وإلاّ فأنا كفيل ببدن فلانٍ، أو فأنا ضامن لك مالك على فلان ، أو قال: إذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه ، أو إذا قدم الحاجّ فأنا كفيل بفلان ، أو قال : أنا كفيل بفلان شهراً ، فقال القاضى : لا تصحّ الـكفالة . وهو مذهبُ الشافعىّ ، ومحمد بن الحسن . لأنّ ذلك خطر ، فلم يجز تعليق الضمان ، والـكفالة به ، كمجىء المطر ، وهبوب الريح ، ولأنَّه إثبات حقّ لآدمىّ معيّن ، فـلم يجز تعليقه على شرط ، ولا توقيته كالهبة ، وقال الشريف أبو جعفر . وأبو الخطاب : تصحّ . وهو قول أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، لأنَّه أضاف الضمان إلى سبب الوجود ، فيجب أن يصحّ كضمان الدرك . والأول أقيس ، فإن قال : كفلت بفلان إن جئت به فى وقت كذا ، وإلا فأنا كفيل بفلان ، أو ضامنٌ المالَ الذى على فُلان ، لم يصحّ فيهما ، عند القاضى ، لأنّ الأول مؤقّت ، والثانى معلّق على شرط . وقال أبو الخطَّاب: يصحّ فيهما ، فأمّا إن قال : كفلتُ بأحد هذين الرجلين ، لم يصحّ فى قولهم جميعاً ، لأنّه غير معلوم فى الحال ، ولا فى المـآل .

٣٥٤٨ (فصل) فإن قال : كفلت ببدن فلان على أن يبرأ فلان الـكفيل ، أو على أن تبرئه من الـكفالة لم يصحّ . لأنه شرط شرطاً لا يلزم الوفاء به . فيـكون فاسداً ، وتفسد الـكفالة به . ويحتمل أن تصحّ الـكفالة ، لأنَّه شرط تحويل الوثيقة التى على الـكفيل إليه ، فعلى هذا : لا تلزمه الـكفالة ، إلاّ أن يبرىء المـكفولُ له الـكفيلَ الأول . لأنَّه إنّما كفل بهذا الشرط ، فلا تثبت كفالته بدون شرطه ، وإن قال : كفلت لك بهذا الغريم ، على أن تُبرئنى من الـكفالة بفُلان ، أو ضمنتُ لك هذا الدين بشرط أن تُبرئنى من ضمان الدين الآخر ، أو على أن تبرئنى من الـكفالة بفلان ، خرج فيه الوجهان ، والأولى : أنه لا يصحّ . لأنه شرط فسخ عقدٍ فى عقدٍ فلم يصحّ ، كالبيع بشرط فسخ بيعٍ آخر ، وكذلك لو شرط فى الـكفالة أو الضمان : أن يتكفَّل المـكفول له ، أو المـكفول به : بآخر ، أو يضمن ديناً عليه ، أو يبيعه شيئاً عيّنه ، أو يؤجّره داره ، لم يكن يصحّ لما ، ذكرنا .

٣٥٤٩ (فصل) ولو تـكفَّل اثنان بواحد صحّ . وأيّهم قضى الدين برىء الآخران ، لما ذكرنا فى الضمان . وإن سلَّم المـكفولُ به نفسه برىء كفيلاه ، لأنّه أتى بما يلزم الـكفيلين ، وهو إحضار نفسه ، فبرئت ذمّتهما ، كما لو قضى الدين ، وإن أحضر أحد الـكفيلين لم يبرأ الآخرَ . لأنّ إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء ، فلم تنحلّ الأخرى ، كما لو أبرأ أحدهما ، أو انفكَّ أحدُ الرهنين من غير قضاء الحقّ ، وفارق ما إذا سلم المـكفولَ به نفسه . لأنه أصلٌ لهما . فإذا برىء الأصلُ ممّا تـكفّل به عنه ، برىء فرعاه ،

وكلّ واحد من الكفيلين ليس بفرعٍ للآخر . فلم يبرأ ببراءته ، ولذلك لو أبرىء المكفولُ به برىء كفيلاه ، ولو أبرىء أحد الكفيلين برىء وحده دون صاحبه .

٣٥٥٠ (فصل) ولو تكفل واحد لاثنين ، فأبرأه أحدهما ، أو أحضره عند أحدهما ، لم يبرأ من الآخر . لأنّ عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين ، فقد التزم إحضاره عند كلّ واحد منهما . فإذا أحضره عند واحد برىء منه ، وبقى حقّ الآخر ، كما لو كان فى عقدين . وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقّه .

٣٥٥١ (فصل) وتفتقر صحّة الكفالة إلى رضى الكفيل ، لأنّه لا يلزمه الحقُّ ابتداء إلا برضاه . ولا يُعتبر رضى المكفول له . لأنّها وثيقةٌ له ، لا قبض فيها ، فصحّت من غير رضاه فيها ، كالشهادة ، ولأنّها التزام حقٍ له من غير عِوض ، فلم يعتبر رضاه فيها ، كالنذر ، فأمّا رضاء المكفول به ففيه وجهان :

أحدهما : لا يعتبر كالضمان .

والثانى : يعتبر . وهو مذهب الشافعىّ . لأن مقصودها إحضاره . وإن تكفّل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه . ولأنه يجعل لنفسه حقاً عليه ، وهو الحضور معه من غير رضاه . فلم يجز . كما لو لزمه الدين ، وفارق الضمان . فإنّ الضامن يقضى الحقّ ، ولا يحتاج إلى المضمون عنه ، وعلى كلا الوجهين : متى كانت الكفالة بإذنه ، فأراد الكفيل إحضاره لزمه الحضور معه . لأنّه شغل ذِمّته من أجله بإذنه ، فكان عليه تخليصها ، كما لو استعار عبده ، فرهنه بإذنه ، كان عليه تخليصه ، إذا طلبه سيّده . وإن كانت الكفالة بغير إذنه نظرنا : فإن طلبه المكفول له منه ، لزمه أن يحضر معه . لأنّ حضوره حقّ للمكفول له ، وقد استناب الكفيل فى طلبه ، وإن لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه . لأنّه لم يشغل ذمّته . وإنّما الكفيل شغلها باختيار نفسه . فلم يجز أن يثبت له بذلك حقّ على غيره ، وإن قال المكفول له : أحضر كفيلك كان توكيلاً فى إحضاره ، ولزمه أن يحضُر معه ، كما لو وكّل أجنبيّاً ، وإن قال : اخرج من كفالتك : احتمل أن يكون توكيلاً فى إحضاره ، كاللفظ الأول ، ويحتمل أن تكون مطالبةً بالدين الذى عليه ، فلا يكون توكيلا ، فلا يلزمه الحضور معه .

٣٥٥٢ (فصل) وإذا قال رجل لآخر : اضمن عن فلان ، أو اكفُل بفلان ففعل . كان الضمان ، والكفالة لازمين المباشر ، دون الآمر . لأنّه كفَل باختيار نفسه . وإنما الأمر إرشاد ، وحثّ على فعل خير ، فلم يلزمه به شىء .

٣٥٥٣ « مسألة » قال ﴿ فإن مات برىء المتكفل ﴾

وجملته : أنه إذا مات المكفول به سقطت الكفالة ، ولم يلزم الكفيل شىء . وبهذا قال شُرَيح ،

والشعبيّ، وحمّاد بن أبي سليمان ، وأبو حنيفة ، والشافعيّ ، وقال الحكم ، ومالك ، والليث : يجب على الكفيل غُرم ما عليه . وحُكي ذلك عن شُريح . لأن الكفيل وثيقة بحقّ . فإذا تعذّرت من جهة مَن عليه الدين استُوفي من الوثيقة ، كالرهن . ولأنه تعذّر إحضاره ، فلزم كفيله ماعليه ، كما لو غاب .

ولنا : أن الحضور سقط عن المكفول به ، فبرىء الكفيل ، كما لو برىء من الدين . ولأنّ ما التزمه من أجله سقط عن الأصل ، فبرىء الفرع ، كالضامن إذا قضى المضمونُ عنه الدينَ ، أو أبرىء منه ، وفارق ما إذا غاب ، فإنّ الحضور لم يسقُط عنه . ويفارق الرهن ، فإنّه علّق به المال ، فاستُوفي منه .

٣٥٥٤ (فصل) إذا قال الكفيل : قد برىء المكفول به من الدين ، وسقطت الكفالة ، أو قال : لم يكن عليه دين حين كفلته ، فأنكر المكفول له ، فالقول قوله ، لأنّ الأصل صحة الكفالة ، وبقاء الدين ، وعليه اليمين ، فإن نَكَل قضي عليه ، ويحتمل أن لا يُستحلف فيما إذا ادّعى الكفيل أنّه تكفّل بمن لا دين عليه ، لأنّ الكفيل مكذّب لنفسه فيما ادّعاه ، فإنّ من كفَل بشخصٍ معترفٌ بدينه في الظاهر والأول أولى ، لأنّ ما ادّعاه محتمل .

٣٥٥٥ (فصل) وإذا قال المكفول له للكفيل : أبرأتك من الكفالة برىء ، لأنّه حقّه ، فيسقط بإسقاطه ، كالدين . وإن قال : قد برئتَ إليّ منه . أو قد رددتَه إليّ برىء أيضاً . لأنه معترف بوفاء الحقّ فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان ، وكذلك إذا قال : برئت من الدين الذى كفلت به . ويبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به . ولا يكون إقراراً بقبض الحقّ . وهذا قول محمد بن الحسن ، وقيل : يكون إقراراً بقبض الحقّ فيما إذا قال : برئت من الدين الذى كفلت به ، والأول أصحّ . لأنه يمكن براءته بدون قبض الحقّ بإبراء المستحقّ ، أو موت المكفول به ، فأمّا إن قال المكفول به . أبرأتك ممّا لي قِبَلك من الحقّ ، أو برئت من الدين الذى قِبَلك . فإنّه يبرأ من الحقّ وتزول الكفالة . لأنه لفظ يقتضى العموم في كلّ ما قبله . وإن قال : برئت من الدين الذى كفل به فلان برىء ، وبرىء كفيلهُ .

٣٥٥٦ (فصل) وإذا كان لذمّي على ذميّ خمر ، فكفل به ذميّ آخر ، ثم أسلم المكفول له ، أو المكفول عنه ، برىء الكفيلُ ، والمكفول عنه . وقال أبو حنيفة : إذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما ، ويلزمهما قيمةُ الخمر . لأنه كان واجباً ، ولم يوجد إسقاط ، ولا استيفاء ، ولا وُجد من المكفول له مايُسقط حقّه ، فبقي بحاله.

ولنا : أن المكفول به مسلم ، فلم يجب عليه الخمر ، كما لو كان مسلماً قبل الكفالة . وإذا برىء المكفول به برىء كفيله ، كما لو أدّى الدين ، أو أبرأه منه . ولأنه لو أسلم المكفول له برئا جميعاً ، وكذلك

إذا أسلم المكفول به . وإن أسلم الكفيل وحده برىء من الكفالة ، لأنه لا يجوز وجوب الخمر عليه ، وهو مسلم .

٣٥٥٧ (فصل) فإذا قال : أعط فلاناً ألفاً ، ففعل ، لم يرجع على الآمر ، ولم يكن له ذلك كفالةً ، ولا ضماناً ، إلاّ أن يقول : أعطه عنّى . وقال أبو حنيفة : يرجع عليه إذا كان خليطاً له ، لأن العادة أن يستقرض من خليطه .

ولنا : أنه لم يقل أعطه عنّى ، فلم يلزمه الضمان ، كما لو لم يكن خليطاً ، ولا يلزم إذا كان له عليه مال ، فقال : أعطه فلاناً حيثُ يلزمه ، لأنّه لا يلزمه لاجل هذا القول ، بل لأنّ عليه حقاً يلزمه أداؤه .

٣٥٥٨ (فصل) إذا كانت السفينة فى البحر ، وفيها متاع ، فخيف غرقها ، فألقى بعض من فيها متاعه فى البحر لتخفّ . لم يرجع به على أحد ، سواء ألقاه محتسباً بالرجوع ، أو متبرعا . لأنه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان ، فإن قال له بعضهم : ألق متاعك ، فألقاه ، فكذلك ، لأنّه لا يكرهه على إلقائه ، ولا ضَمِن له ، وإن قال : ألقه وعلىّ ضمانه ، فألقاه ، فعلى القائل ضمانه ، ذكره أبو بكر ، لأنّ ضمان مالم يجب صحيحٌ . وإن قال : ألقه وأنا وركبان السفينة ضُمَناء له ، ففعل ، فقال أبو بكر : يضمنه القائل وحده ، إلاّ أن يتطوّع بقيتهم ، قال القاضى : إن كان ضمان اشتراك فليس عليه إلا ضمان حصّته ، لأنه لم يضمن الجميع ، إنّما ضمن حصته ، وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره . فلزمته حصّته . ولم يُقبل قوله فى حقّ الباقين ، وإن كان ضمان اشتراك ، وانفراد ، بأن يقول : كلّ واحد منّا ضامن لك متاعك ، أو قيمته . لزم القائل ضمانُ الجميع ، وسواء قال هذا والباقون يسمعون ، فسكتوا ، أو قالوا : لا نفعل ، أو لم يسمعوا ، لأنّ سكوتهم لا يَلزمهم به حقّ .

٣٥٥٩ (فصل) قال مهنا . سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم ، فأقام بها كفيلين ، كلّ واحد منهما كفيل ، ضامن ، فأيّهما شاء أخذه بحقّه . فأحال ربّ المال عليه رجلا بحقّه ؟ فقال : يبرأ الكفيلان ، قلت : فإن مات الذى أحاله عليه بالحقّ ولم يترك شيئاً ؟ قال : لا شىء له ، ويذهب الألف .

انتهى الجزء الرابع من كتاب المغنى لابن قدامة ويليه الجزء الخامس . وأوله : كتاب الشركة

وكان تمامه فى الخامس عشر من ذى القعدة سنة ١٣٨٨ هـ الموافق الثانى من

فبراير سنة ١٩٦٩ م نسأل الله أن ينتفع به ويوفق إلى إتمام

ما بعده إنه سميع الدعاء وهو نعم المولى

ونعم النصير ؟

طه الزينى

فهرست الجزء الرابع من كتاب المغنى لابن قدامة

صفحة

تمت الفهرست